

DER ANSPRUCH
AUF RECHTLICHES GEHÖR
UND
SEINE BEDEUTUNG
IM STRAFVERFAHREN

Dieter Ortlieb

1964



DER ANSPRUCH
AUF RECHTLICHES GEHÖR
UND
SEINE BEDEUTUNG
IM STRAFVERFAHREN

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Freiburg

vorgelegt von
Dieter Ortlieb
aus Heidenheim (Brenz)

Dekan: Professor Dr. Rittner, Freiburg

Erstberichterstatter: Professor Dr. Hesse, Freiburg

Mündliche Prüfung: 28./29. Juli 1964



III

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
EINLEITUNG	1
I. Die allgemeine Bedeutung des Art. 103 I GG im Gerichtsverfahren	1
II. Die besondere Bedeutung des Art. 103 I GG im Strafverfahren	2
III. Aufgabe und Gang der Untersuchung	3
ALLGEMEINER TEIL	5
Interpretation des Anspruchs auf rechtliches Gehör	
<u>Erster Abschnitt</u>	5
Darstellung und Kritik der Interpretationsversuche des Art. 103 I GG	
I. Art. 103 I GG als isoliert vom Verfahrenszweck zu interpretierende Verfassungsnorm	6
1. Arndts Interpretation des Art. 103 I GG	6
a) Sinn und Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör	6
b) Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör - Rechtsgespräch	7
c) Verfahrenszweck und Art. 103 I GG	8
2. Löwes Interpretation des Art. 103 I GG	9
a) Sinn und Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör	9
b) Das Verhältnis zwischen Art. 103 I GG und der jeweiligen Verfahrensart	10
II. Beachtung des Verfahrenszweck bei der Interpretation des Art. 103 I GG	11
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 103 I GG	11
a) Zweck und Inhalt - positive und negative Formu- lierung des Grundsatzes vom rechtlichen Gehör	12
b) Verfahrenszweck und Art. 103 I GG	13

IV

2.	Hamanns Interpretation des Art. 103 I GG	16
a)	Art. 103 I GG und seine Beziehung zum "Muttergrundrecht"	16
b)	"Ob" und "Wie" der Gewährung rechtlichen Gehörs	16
3.	Dürigs Interpretation des Art. 103 I GG	17
a)	Art. 103 I GG und die Unantastbarkeit der Menschenwürde	17
b)	Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör	18
c)	Subjektstellung und Prozeßverantwortung	19
d)	Verfahrenszweck und Art. 103 I GG	20
4.	Baurs Interpretation des Art. 103 I GG	21
a)	Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör - Justizgewährungsanspruch	21
b)	Art. 103 I GG und die Verfahrensvorschriften	22
5.	Jaguschs Interpretation des Art. 103 I GG	23
a)	Induktive Auslegung des Art. 103 I GG	23
b)	Art. 103 I GG und verfahrensrechtliche Ordnungsvorschriften	24
III.	Gewährung rechtlichen Gehörs nach Maßgabe der speziellen Verfahrensregelung	25
1.	Peters' Interpretation des Art. 103 I GG	25
a)	Konkretisierung des unbestimmten Inhalts von Art. 103 I GG	25
b)	Art. 103 I GG und die Verfahrensvorschriften	26
2.	Die Rechtsprechung des Bayrischen Verfassungs- gerichtshofs zum Anspruch auf rechtliches Gehör	27
<u>Zweiter Abschnitt</u>		28
Eigener Interpretationsversuch des Art. 103 I GG		
I.	Wörtliche Interpretation des Art. 103 I GG	28
1.	Der Begriff "vor Gericht"	29
2.	Der Begriff "Anspruch auf rechtliches Gehör"	30
3.	Zusammenfassung	32

II.	Historische Interpretation des Art. 103 I GG	32
1.	Die Regelung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in Vergangenheit und Gegenwart	32
2.	Überkommene Bedeutung und Aufgabe des Anspruchs auf rechtliches Gehör	34
III.	Genetische Interpretation des Art. 103 I GG	35
1.	Versagung des rechtlichen Gehörs im Dritten Reich	35
2.	Die Absicht des Verfassungsgebers bei Schaffung des Art. 103 I GG	36
3.	Das Verhältnis des Art. 103 I GG zu den Verfahrens- regelungen	37
4.	Zusammenfassung	37
IV.	Systematische Interpretation des Art. 103 I GG	38
1.	Der Begriff "vor Gericht"	38
2.	Art. 103 I GG als Prozeßgrundrecht im Rahmen des Gesamtbilds der grundrechtlichen Ordnung	39
V.	Teleologische Interpretation des Art. 103 I GG	39
1.	Sinn und Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör	39
a)	Art. 103 I GG und die Wahrheitsermittlung	40
b)	Art. 103 I GG und die einflußnahmeberechtigende Subjektstellung der Verfahrensbeteiligten	41
c)	Zusammenfassung	42
2.	Der Begriff "vor Gericht"	42
a)	Rechtsprechende und verwaltende Tätigkeit der Gerichte	42
b)	Gerichtliche Entscheidungen mit beeinträchtigender Wirkung	43
3.	Der Begriff "jedermann"	45
a)	Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit	46
b)	"Jedermann" als der von einer Gerichtsentscheidung Betroffene	46
c)	Der hoheitlich auftretende Staat als Anspruchsberechtigter aus Art. 103 I GG	47

VI

4. Umfang und Zeitpunkt des Anspruchs auf rechtliches Gehör	49
a) Nachteilige Wirkung auf die Rechtslage des Betroffenen	49
b) Umfassende Einflußnahmemöglichkeit	50
c) Rechtzeitige Gewährung einer Einflußnahmemöglichkeit	51
d) Rechtliches Gehör und Instanzenzug	53
5. Art. 103 I GG und die Aktivität der Verfahrensbeteiligten	54
6. Art. 103 I GG und die Bereitstellung prozessualer Mittel, die eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnen	56
7. Realisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör	58
a) Informations- und Äußerungsgelegenheit der Beteiligten	58
b) Anhörungspflicht des Gerichts	61
c) Zusammenfassung	63
8. Verfahrenszweck und Einflußnahmebefugnis	64
a) Zweck der Verfahrensvorschriften	64
b) Die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Sachdienlichkeit	65
c) Variabilität des Anspruchs auf rechtliches Gehör	68
d) Zusammenfassung	70

VI. Ergebnis des Interpretationsversuchs	71
--	----

BESONDERER TEIL	72
-----------------	----

Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Strafverfahren

<u>Vorbemerkung</u>	72
---------------------	----

<u>Erster Abschnitt</u>	74
-------------------------	----

Verfahrensregelungen die den Anforderungen des Art. 103 I GG genügen

I. Gerichtliche Entscheidungen ohne beeinträchtigende Wirkung	74
---	----

1. Wertneutrale Entscheidungen prozesstechnischer Art	75
---	----

VII

2.	Gerichtsentscheidungen vorbereitender Art	76
3.	Das Zwischenverfahren	78
II.	Gerichtsentscheidungen ohne nachhaltige Wirkung	83
1.	Vorübergehende gerichtliche Zwangsmaßnahmen	84
2.	Vorläufige Gerichtsentscheidungen, die nachhaltig werden können	86
III.	Gerichtsentscheidungen mit nachhaltiger Beeinträchtigung	88
1.	Nachhaltig wirkende Zwangsmaßnahmen	88
2.	Entscheidungen im Hauptverfahren	91
a)	Einflußnahmemöglichkeiten in dem die Hauptverhandlung vorbereitenden Verfahren	92
b)	Einflußnahmemöglichkeiten in der Hauptverhandlung	96
c)	Einflußnahmemöglichkeiten in der Berufungs- und Revisionsinstanz	100
d)	Beschränkung der Einflußnahmemöglichkeit	103
3.	Anspruch auf rechtliches Gehör in besonderen Verfahrensarten	109
a)	Beteiligung des Verletzten am Verfahren	109
b)	Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren	114
c)	Objektives Einziehungsverfahren	118
IV.	Gerichtliche Entscheidungen im Rahmen der Strafvollstreckung	121
1.	Entscheidungen ohne beeinträchtigende Wirkung	122
2.	Entscheidungen mit beeinträchtigender Wirkung	124
	<u>Zweiter Abschnitt</u>	125
	Verfahrensregelungen die den Anforderungen des Art. 103 I GG nicht genügen	
I.	Ablehnungsverfahren wegen Besorgnis der Befangenheit	125
1.	Beeinträchtigung der prozessualen Rechtsstellung des Antragstellers durch eine ablehnende Entscheidung	126

VIII

	2. Informations- und Äußerungsgelegenheit hinsichtlich der dienstlichen Äußerung	127
	3. Die Gewährung rechtlichen Gehörs	129
II.	Beschlagnahme von Gegenständen und ganzer Vermögensmassen	130
	1. Beschlagnahme i. e. S. und Postbeschlagnahme	130
	2. Beschlagnahme bei Abwesenheit des Angeklagten	134
	3. Vermögensbeschlagnahme i. S. v. § 433 StPO	137
III.	Vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis	138
	1. Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen	139
	2. Einflußnahmemöglichkeiten nach der gesetzlichen Regelung	139
	3. Gewährung einer Einflußnahmemöglichkeit	141
IV.	Beweissichernde Verfahren mit der Wirkung einer vorweggenommenen Beweisaufnahme	142
	1. Anordnung und Zulässigkeitserklärung von Untersuchungshandlungen	143
	2. Durchführung der Untersuchungshandlungen	144
	a) Benachrichtigung von Ort und Zeit der Beweisaufnahme	145
	b) Frage- und Anwesenheitsrecht bei den Untersuchungshandlungen	151
V.	Klageerzwingungsverfahren	157
	1. Entscheidung mit beeinträchtigender Wirkung	157
	2. Einflußnahmemöglichkeit des Antragstellers	159
	3. Gewährung rechtlichen Gehörs	160
VI.	Anordnung von Maßnahmen gegen Unzurechnungsfähige	162
	1. Einflußnahmebefugnis für Unzurechnungsfähige	162
	2. Verwirklichung der Einflußnahmebefugnis	164
	a) Unterbringung i. S. v. § 81 StPO und Sicherungsverfahren	165

IX

	b) Aufrechterhaltung der einstweiligen Unterbringung	166
VII.	Vorlegungsverfahren	167
	1. Beeinträchtigende Entscheidungen im Vorlegungsverfahren	167
	2. Gewährung einer Informations- und Äußerungsgelegenheit	168
VIII.	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	171
	1. Beeinträchtigende Wirkung der Entscheidung über die Wiedereinsetzung	171
	2. Einflußnahmemöglichkeit nach der gesetzlichen Regelung	172
	3. Vorschlag für die Gewährung einer Einflußnahmemöglichkeit	174
IX.	Beschwerdeverfahren	175
	1. Ausreichende Gewährung rechtlichen Gehörs	175
	2. Rechtliches Gehör im Beschwerdeabhilfeverfahren	176
	3. Einflußnahme auf die Ermittlungen des Beschwerdegerichts	179
X.	Wiederaufnahmeverfahren	181
	1. Entscheidung über die Zulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags	181
	2. Entscheidung über die Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags	183
	3. Wiederaufnahmeverfahren ohne Erneuerung der Hauptverhandlung	186
XI.	Ordnungsstrafverfahren	188
	1. Beeinträchtigung des Betroffenen durch Ordnungsstrafen	188
	2. Ordnungsstrafen gegen ausgebliebene Zeugen und Sachverständige	189

X

3. Ordnungsstrafen wegen Zeugnis- bzw. Eides- verweigerung und wegen Ungebühr	190
--	-----

SCHLUSS	193
---------	-----

LITERATURVERZEICHNIS

Arndt	Das rechtliche Gehör	NJW 59, 6
Arndt	Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des recht- lichen Gehörs	NJW 59, 1297 ff
Arndt	Umwelt und Recht	NJW 60, 1193
Arndt	Anmerkung zu OLG Düsseldorf, NJW 61, 1734	NJW 61, 1734
Arndt	Umwelt und Recht	NJW 62, 25 (27)
Arndt	Hat die Staatsanwaltschaft kein verfassungskräftiges Recht auf rechtliches Gehör?	NJW 62, 1194
Arndt	Umwelt und Recht Zur Problematik der Grundsatz- revision aus verfassungsrecht- licher Sicht	NJW 62, 1660
Arndt	Umwelt und Recht 2. Rechtliches Gehör und Zeugnis vom Hörensagen	NJW 63, 432 ff
Arndt	Anmerkung zu OLG Schleswig, NJW 63, 455	NJW 63, 455
Arndt	Anmerkung zu BayVerfGH, NJW 62, 1387	JZ 63, 65
Baudisch	Niederschreiben der Urteils- formel vor den Schlußvorträ- gen	NJW 60, 135
Baumhaus	Informationsloser Verteidiger als Vertreter des Angeklagten nach § 411 II StPO	NJW 62, 2337
Baur	Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Antrittsvorlesung)	AcP 153, 393 ff
Baur	Anmerkung zu BVerfGE 7, 53	JZ 57, 543
Baur	Anmerkung zu BVerfGE 8, 253	JZ 59, 60

Bergold	Verleger ohne Rechte	NJW 54, 988
Blei	Anmerkung zu OLG Köln, NJW 62, 1735	NJW 62, 2024 ff
Bucher	Aktuelle Justizprobleme	Staatsanzeiger Ba-Wü v. 8. 6. 63 (Nr. 46)
Croissant	Vorbereitete Urteile im Revisionsstrafverfahren und rechtliches Gehör	NJW 63, 1711 ff
Dahs	Rechtsgespräch im Straf- verfahren?	NJW 61, 1244
Dahs	Vertretung des Angeklagten durch einen Verteidiger bei Erklärungen gemäß § 257 StPO	NJW 62, 2238 ff
Dallinger	Das dritte Strafrechtsände- rungsgesetz, II. Teil; Ge- richtsverfassung und Straf- verfahren	JZ 53, 432 ff
Dehler	Anmerkung zu BayVerfGHE 1, 34	SJZ 49, 212
Dunz	Anmerkung zu OLG Frankfurt, NJW 62, 449	NJW 62, 814
Dunz	Anmerkung zu BayVerfGH, NJW 62, 627	DÖV 63, 107
Dürig	Der Grundsatz von der Men- schenwürde	AöR 81, 117 (128)
Erdsiek	Umwelt und Recht	NJW 62, 1047
Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungs- rechts, 8. Aufl. 1961	
Fraktionsantrag CDU, SPD, FDP	Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozeß- ordnung	Bundestagsdruck- sache IV/63
Freisler	Grundzüge des kommenden Strafverfahrensrechts	Zur Neugestaltung des des Strafverfahrens u. des Strafvollzugs, 1935

XIII

Gietl	Belehrungspflicht nach § 265 StPO durch das Revisionsgericht?	NJW 59, 928
Graf	Der Grundsatz des recht- lichen Gehörs im Erkennt- nisverfahren des deutschen Zivilprozesses der Vergan- genheit und Gegenwart	Münchener Dissertation, 10, 11, 50
Hamann	Rechtliches Gehör	AnwBl 58, 141 ff
Heinzmann	Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren	Tübinger Dissertation, 1958
Heiss	Rechtliches Gehör - auch bei der Entscheidung über die bedingte Entlas- sung	NJW 61, 1094 ff
Hoegner	Lehrbuch des Bayrischen Verfassungsrechts, 1949	
Jagusch	Über das rechtliche Gehör im Strafverfahren	NJW 59, 265 ff
Jagusch	Weitere Fragen zum recht- lichen Gehör im Strafver- fahren	NJW 62, 1645 ff
Kanka	Bericht des Rechtsausschusses zur Strafprozeßänderung	Bundestagsdrucksache IV/1020
Keidel	Aus der Rechtsprechung zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit	JZ 62, 478 (480)
Kern	Strafverfahrensrecht, 6. Aufl. 1960	
Kleinknecht- Müller- Reitberger	Kommentar zur Strafprozeß- ordnung und zum Gerichts- verfassungsgesetz, 4. Aufl. 1958	

XIV

Kleinknecht	Anmerkung zu OLG Braun- schweig, NJW 63, 1322	NJW 63, 1322
Kniestedt	Kann eine wegen Verletzung des Art. 103 I GG offen- sichtlich begründete Verfas- sungsbeschwerde nach § 91 a BVerfGG verworfen werden?	NJW 59, 2052
Kniestedt	Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei	MDR 60, 197 u. MDR 61, 25
Krüger H.	Anmerkung zu BayVerfGH, NJW 62, 627	DÖV 62, 744
Küster	Anmerkung zu BGHSt, NJW 61, 132	NJW 61, 419
Lerche	Übermaß und Verfassungsrecht	Habilitation 1961 C. Heymanns Verlag KG
Lesser	Anspruch auf rechtliches Gehör	DRiZ 60, 420
Lienen	Niederschreiben der Urteils- formel vor Schlußvorträgen	NJW 60, 136
Löwe	Das rechtliche Gehör	Hamburger Disser- tation, 1957
Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsge- setz, Teile I u. II, 20. Aufl. 1958	
Lorenz	Einspruch-Rücknahme gem. § 411 I StPO und rechtliches Gehör im Strafbefehlsver- fahren	MDR 62, 626
Mang-Maunz- Mayer- Obermayer	Staats- und Verwaltungs- recht in Bayern, 1962	
Maunz-Dürig	Grundgesetz, Kommentar, 1960	

Mayer H.	Klageerzwingungsverfahren und Opportunitätsprinzip	JZ 55, 601 (604)
Meilicke	Der vom Staatsgeheimnis verhüllte V-Mann - Bela- stungszeuge?	NJW 63, 425 ff
Mendler	Die Rechtzeitigkeit des recht- lichen Gehörs	NJW 61, 2103
Michel	Korreferat zu Schack, JuS 61, 269 ff	JuS 61, 274 ff
Müller H. W.	Anhörung der Verfahrensbe- teiligten bei Vorlage einer Rechtsfrage	NJW 57, 1016 ff
Müller H. W.	Muß der Gegner gehört werden, bevor der Beschwerde abgehol- fen wird?	NJW 60, 21 u. NJW 60, 710
Neumann	Anmerkung zu BGHSt, NJW 52, 1426	LM § 140 Nr. 5
Parsch	Anmerkung zu OLG Stuttgart, NJW 59,2080	NJW 60, 63
Pernutz	Zwangsvollstreckung aus sowjetzonalen Schuldtiteln in Westberlin	NJW 61, 537 ff
Peters	Anmerkung zu OLG Braun- schweig, NJW 53, 236	JZ 53, 641
Peters	Anmerkung zu BVerfGE 7, 275	JZ 58, 435
Pohle	Anmerkung zu BVerfG, JZ 61, 375	JZ 61, 376
Rautenberg	Steuergeheimnis und recht- liches Gehör	NJW 62, 937 ff
Rechtsausschuß	Schriftlicher Bericht über den Regierungsentwurf zur Änderung der Strafprozeßordnung	Bundestagsdrucksache IV/1020
Regierungsentwurf	zur Änderung der Strafprozeß- ordnung	Bundestagsdrucksache III/2037

Rehbinder	Das Ordnungsstrafverfahren wegen Ungebühr vor Gericht	MDR 63, 640 ff
Röhl	Das rechtliche Gehör	NJW 53, 1531 ff
Röhl	Die Anhörung des Beschwerde- gegners im Strafprozeß	MDR 55, 522 ff
Röhl	Zwischenbilanz der Ver- fassungsbeschwerde	JZ 57, 105
Röhl	Das rechtliche Gehör	NJW 58, 1268
Röhl	Anmerkung zu BayVerfGH, NJW 59, 285	NJW 59, 285
Röhl	Das rechtliche Gehör beim Belehrungsschreiben nach § 91 a III, § 24 S. 2 BVerfGG	NJW 59, 2053
Roesen	Der Eröffnungsbeschluß	NJW 59, 1861 ff
Schack	Die verfassungskonforme Aus- legung	JuS 61, 269 ff
Eb. Schmidt	Lehrkommentar zur Strafpro- zeßordnung und zum Gerichts- verfassungsgesetz, Teile I u. II u. III, 1957	
Eb. Schmidt	Anmerkung zu OLG Koblenz, JZ 59, 31	JZ 59, 31
Eb. Schmidt	Anmerkung zu BGHSt, NJW 62, 1876	JZ 62, 761
H. W. Schmidt	Die Anhörung des Verurteil- ten bei bedingter Entlassung nach § 26 StGB	MDR 61, 195
Schneidewin	Anmerkung zu OLG Hamburg, JZ 62, 125	JR 62, 269 ff
Schütz	Das rechtliche Gehör bei der Entscheidung über die beding- te Entlassung	NJW 61, 582 ff
Schultz	Blick in die Zeit	MDR 59, 174

Schultze- Rhonhof	Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren	Dissertation der Univer- sität Münster, 1957
Schwarz- Kleinknecht	Strafprozeßordnung, 24. Aufl. 1963	
Seibert	Befangenheit und Ablehnung	JZ 60, 85 ff
Seibert	Der verhandlungsunfähige oder unaufmerksame Richter im Strafverfahren	NJW 63, 1044 ff
Spitzbarth	Die Rechtsstellung des Nebenklägers im Straf- befehlsverfahren	NJW 53, 1904
Swarzenski	Anmerkung zu OLG Celle, NJW 57, 1002	JZ 58, 31
Teplitzky	Probleme der Richterab- lehnung wegen Befangenheit	NJW 62, 2044 ff
Tillmann	Nochmals: Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei	MDR 60, 640
Ule	Verfassungsrecht und Ver- waltungsverfahren	DVB1 59, 537 (541 ff)
Ulrich	Muß der Gegner gehört werden, bevor der Beschwerde abgehol- fen wird?	NJW 60, 709
Wassermann	Richterablehnung wegen Be- fangenheit	NJW 63, 429
Wersdörfer	Anwendung des § 308 I StPO im Haftbefehlsverfahren?	NJW 54, 377
v. Winterfeld	Das Verfassungsprinzip des rechtlichen Gehörs	NJW 61, 849
Wintrich	Zur Problematik der Grund- rechte	Arbeitsgem. für Forschung NRW, Heft 71

Die Gerichtsentscheidungen sind in der üblichen Weise zitiert,

Verwertet wurden alle zugänglichen Entscheidungen und Aufsätze, soweit sie sich auf das Strafprozeßverfahren beziehen, im übrigen jedoch nur insoweit, als sie grundsätzliche Bedeutung besitzen (wie etwa die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts).

Eingearbeitet sind Entscheidungen und Aufsätze, sofern sie vor dem 31. Dezember 1963 veröffentlicht worden sind.

E I N L E I T U N G

I. DIE ALLGEMEINE BEDEUTUNG DES ART. 103 I GG
IM GERICHTSVERFAHREN

Vornehmlich das Bundesverfassungsgericht, aber auch die Oberen Bundesgerichte, die Oberlandesgerichte, der Bayrische Verfassungsgerichtshof und das Bayrische Oberste Landesgericht befassen sich im Rahmen ihrer Tätigkeit häufig mit dem in Art. 103 Abs. 1 GG und in Art. 91 Abs. 1 Bay. Verf. normierten Grundsatz vom Anspruch auf rechtliches Gehör.

Allein 28 % aller Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht rügen eine Verletzung des Art. 103 I GG ¹⁾. So, wie Art. 3 I GG bei vermeintlich materiell-rechtlich unrichtigen Gerichtsentscheidungen zur Begründung einer Verfassungsbeschwerde bemüht wird, wird Art. 103 I GG herangezogen, um nicht mehr anfechtbare gerichtliche Entscheidungen, die auf vermeintlichen Verfahrensverstößen beruhen, mittels einer Verfassungsbeschwerde rückgängig machen zu können. Auffallend ist, daß der größte Teil aller erfolgreichen Verfassungsbeschwerden - dies sind nur 0,5 % - wegen einer Verletzung des Grundsatzes vom rechtlichen Gehör eingelegt wurde ²⁾.

Sowohl die Häufigkeit als auch die relativ hohe Zahl der erfolgreichen Verfassungsbeschwerden, die mit einem Verstoß gegen Art. 103 I GG begründet werden, zeigt, welch beachtliche Bedeutung heute dem Grundsatz vom Anspruch auf rechtliches Gehör in der alltäglichen Gerichtspraxis zukommt.

Die Bedeutung des Art. 103 I GG beruht darauf, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör den Prozeßbeteiligten ein subjektives Recht gewährt und außerdem einen objektiven Prozeßgrundsatz darstellt, den die entscheidenden Gerichte zu beachten haben.

Die Häufigkeit der Rügen wegen eines Verstoßes gegen Art. 103 I GG zeigt einmal, daß sich die Rechtssuchenden heute bewußt sind, welchen nachhaltigen Einfluß sie mittels ihres subjektiven Rechts auf rechtliches Gehör hinsichtlich des Ausgangs eines Verfahrens ausüben können und zum anderen, daß heute der konkreten Anwendung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, als eines zentralen Pro-

1) Nach Röhl, JZ 57, 105, bezogen auf den Jahrgang 1955. Die Prozentzahl dürfte jedoch in späteren Jahren und heute eher noch höher liegen als damals. Der Häufigkeit nach liegt die Rüge wegen eines Verstoßes gegen Art. 103 I GG an zweiter Stelle hinter der wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 I GG.

2) Lesser, DRiZ 60, 420 und Röhl NJW 58, 1268, Anm. 1, nach welchem bis Mai 1958 immerhin 8 Verfassungsbeschwerden wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs erfolgreich waren.

zeßgrundsatzes, innerhalb eines jeden Gerichtsverfahrens große Bedeutung zukommt. Dabei bereitet die Interpretation des Art. 103 I GG den Gerichten bei der Entscheidung eines konkreten Falls offenbar erhebliche Schwierigkeiten. Dies zeigt sich deutlich in der Häufigkeit divergierender oberlandesgerichtlicher Entscheidungen und in der relativ hohen Zahl erfolgreicher Verfassungsbeschwerden, die auf eine Verletzung von Art. 103 I GG gestützt werden. Offensichtlich ist also bisher noch kein allgemein anerkanntes Interpretationskriterium zur Lösung der Auslegungproblematik des Art. 103 I GG gefunden worden. Die unterschiedliche Rechtsprechung zur Problematik des rechtlichen Gehörs läßt nur den Schluß zu, daß entweder die Unter- und Obergerichte nicht verfassungsgerecht judizieren, oder daß die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 103 I GG den von den Untergerichten zu berücksichtigenden Verfahrensnotwendigkeiten nicht gerecht zu werden vermag. Die Folge davon ist eine erhebliche Rechtsunsicherheit und Rechtsungleichheit, die besonders deshalb bedenklich ist, weil ihre Ursache in der unterschiedlichen Interpretation des verfassungsrechtlich anerkannten und in jedem Gerichtsverfahren aktuell werdenden Prozeßgrundsatzes vom rechtlichen Gehör - der magna carta jedes gerichtlichen Verfahrens ¹⁾ - liegt.

II. DIE BESONDERE BEDEUTUNG DES ART. 103 I GG IM STRAFVERFAHREN

Der Gewährung rechtlichen Gehörs kommt im Strafprozeßverfahren eine besonders wichtige Bedeutung zu. Im Gegensatz zu anderen Verfahrensarten wird nämlich im Strafprozeß typischerweise nicht über das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen und Gegenansprüchen der Parteien entschieden und damit ein Lebenssachverhalt geregelt, der an sich ebenso gut außergerichtlich geklärt werden könnte, sondern das gesetzwidrige Verhalten einzelner Personen vom Staat im Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung gesühnt. Im Strafprozeß tritt also der Staat dem Einzelnen unmittelbar mit der Befugnis zu einer Zwangs- und Strafmaßnahme gegenüber und verurteilt mittels einer Strafe im Interesse der Gesellschaft ein sozial mißbilligtes Verhalten, während die Gerichte in den anderen Verfahren im Normalfall lediglich als Schiedsrichter einen Streit zweier Parteien, der aus einem an sich sozial gebilligten oder in Kauf genommenen Lebenssachverhalt entstanden ist, autoritativ bereinigen. Das bedeutet, daß eine strafgerichtliche Entscheidung infolge ihres Strafcharakters in der Regel den Betroffenen sowohl physisch als auch psychisch erheblich stärker beeinträchtigen kann als eine andere Gerichtsentscheidung. Physisch ist die Beeinträchtigung des von einer

1) Wie Ule, DV Bl. 59, 537 (541 ff) den Anspruch auf rechtliches Gehör bezeichnet.

straßprozessualen Entscheidung Betroffenen deshalb stärker, weil nicht nur in seine vermögensrechtliche Position durch Urteil eingegriffen, sondern sowohl im Ermittlungs- als auch im Hauptverfahren seine persönliche Bewegungsfreiheit erheblich beschränkt werden kann. Psychisch ist der strafgerichtliche Eingriff deshalb schwerwiegender, weil die der Strafe anhaftende Sühne-, Abschreckungs- und Besserungsfunktion eine erheblich stärker diskriminierende Wirkung besitzt als die im Normalfall der Herstellung eines gerechten Interessenausgleichs dienenden anderweitigen Gerichtsentscheidungen.

Als Korrelat zu der im Strafprozeß überaus starken und diskriminierenden Beeinträchtigungsmöglichkeit der materiellen und prozessualen Rechtslage des von einer Entscheidung Betroffenen muß dem Einzelnen vor Gericht eine besonders sorgfältige Schutz- und Verteidigungsgelegenheit eingeräumt werden. Dies hat nicht zuletzt durch die Eröffnung einer umfassenden Einflußnahmemöglichkeit auf das Zustandekommen der Gerichtsentscheidungen zu geschehen. Die Gewährung ausreichenden rechtlichen Gehörs besitzt daher im Strafverfahren eine ungleich größere Bedeutung als in anderen, nur über eine Anspruchsberechtigung befindenden Verfahren.

III. AUFGABE UND GANG DER UNTERSUCHUNG

Die Aufgabe der folgenden Ausführungen soll daher sein, zunächst allgemein die Problematik, die die Interpretation des Anspruchs auf rechtliches Gehör für die Gerichte und Verfahrensbeteiligten im Gerichtsverfahren aufwirft, zu klären. Denn innerhalb der verschiedenen Prozeßordnungen hat sich der Grundsatz des Art. 103 I GG im speziellen zu bewähren. Nur hier kann sich seine Bedeutung entfalten und die Richtigkeit seiner Auslegung zeigen.

Die erste Frage lautet daher:

"Welchen Inhalt besitzt der allgemeine verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör?"

Schon bei dem Versuch, den allgemeinen Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu bestimmen, muß jedoch beachtet werden, daß der Grundsatz des Art. 103 I GG nicht ohne Beziehung auf konkrete Verfahrensarten betrachtet werden kann, da er sich nur innerhalb konkreter Gerichtsverfahren realisieren läßt. Das bedeutet, daß bei der allgemeinen Interpretation des Art. 103 I GG ebenso allgemein die Besonderheit jedes Gerichtsverfahrens, die sich insbesondere in dem jeweiligen Verfahrenszweck äußert, miteinbezogen werden muß.

Nach Klärung der allgemeinen Problematik des Anspruchs auf rechtliches Gehör soll die Nutzenanwendung daraus gezogen werden, indem untersucht wird, ob das

Strafverfahren - als Beispiel für andere Verfahrensarten - den allgemeinen Anforderungen des Art. 103 I GG gerecht wird. Dabei wird sich sowohl zeigen, ob die gefundene allgemeine Lösung des Auslegungsproblems von Art. 103 I GG praktikabel ist, als auch, ob die Regelungen in der Strafprozeßordnung von 1877 dem grundgesetzlich normierten Anspruch auf rechtliches Gehör von 1949 genügen.

Die zweite Frage lautet daher:

"Entspricht die prozessuale Regelung des Strafverfahrens den Anforderungen des Art. 103 I GG?"

Entsprechend der gestellten Aufgabe wird in einem ersten "Allgemeinen Teil" kritisch dargestellt werden, welche wesentlichen Ansichten über den Inhalt des Art. 103 I GG vertreten werden. Abgeschlossen wird dieser Teil mit einer eigenen allgemeinen Stellungnahme zum Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Daran anschließend wird in einem "Besonderen Teil" untersucht werden, welche Folgen sich aus der gefundenen Interpretation des Art. 103 I GG für das Strafverfahren ergeben, d. h., wie sich der Anspruch auf rechtliches Gehör im Strafprozeß zu konkretisieren hat. Insbesondere wird geprüft werden, ob die vorhandenen Prozeßvorschriften den Erfordernissen des Art. 103 I GG genügen, unzureichend oder gar verfassungswidrig sind und welche Konsequenzen sich daraus für den entscheidenden Richter bzw. für den Gesetzgeber ergeben.

A L L G E M E I N E R T E I L

INTERPRETATION DES ANSPRUCHS AUF RECHTLICHES GEHÖR

ERSTER ABSCHNITT

DARSTELLUNG UND KRITIK DER INTERPRETATIONSVERSUCHE DES ART. 103 I GG

Die Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung zum Problem des Anspruchs auf rechtliches Gehör sind vielfältig und können unter übergeordneten Gesichtspunkten systematisch nur schwer dargestellt werden ¹⁾. Denkbar wäre, die vertretenen Ansichten nach dem Sinn und Zweck, der Art. 103 I GG beigemessen wird, zusammenzufassen. Dieses Schema ist jedoch unbefriedigend, da es den Kern der Interpretationsproblematik nur unzureichend berücksichtigt. Als Prozeßgrundsatz kann nämlich der Anspruch auf rechtliches Gehör nur in einem Prozeß zur Wirksamkeit gelangen. Da die jeweiligen Verfahrensarten jedoch ganz bestimmte Zwecke verfolgen und die Verfahrensvorschriften auf die Erreichung des jeweiligen Zwecks zugeschnitten sind, fragt es sich, wie der Grundsatz des Art. 103 I GG in ein derart festgelegtes Verfahrensgefüge eingreift. Das wichtigste - weil zugleich mit dem Wesen des Art. 103 I GG verknüpfte - Ordnungsschema hat daher von der Stellung der Verfahrensvorschriften innerhalb der Interpretation des Art. 103 I GG auszugehen. Die bisher vertretenen Ansichten über den Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör sollen daher im Folgenden gegliedert werden nach der Bedeutung, die den zweckgebundenen Verfahrensvorschriften bei der Interpretation des Art. 103 I GG beigemessen wird.

Das Verhältnis zwischen dem Grundsatz aus Art. 103 I GG und den auf einen ganz bestimmten Zweck ausgerichteten Verfahrensvorschriften kann verschieden betrachtet werden. So kann davon ausgegangen werden, daß die Verfahrensvorschriften für die Interpretation des selbständigen Art. 103 I GG ohne jede Bedeutung sind. Es kann jedoch auch die Ansicht vertreten werden, daß sich der Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör in seiner jeweiligen verfahrensrechtlichen Ausgestaltung innerhalb einer bestimmten Prozeßart erschöpft. In diesem Fall wird Art. 103 I GG keine eigenständige Bedeutung beigemessen, sondern rechtliches Gehör nach Maßgabe der prozeßrechtlichen Vorschriften gewährt. Zwischen diesen beiden Ansichten sind verschiedene Variationen denkbar, welche sich graduell in einer Unter-, Gleich- oder Überbewertung der Verfahrensvorschriften gegenüber dem Anspruch aus Art. 103 I GG unterscheiden.

1) Entsprechende Versuche sind, soweit ersichtlich, bisher noch nicht unternommen worden.

Bei der folgenden Darstellung des Streitstandes werden die in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten nach der Bedeutung, die sie den Verfahrensvorschriften bei der Interpretation des Art. 103 I GG beimessen, geordnet dargestellt. Begonnen wird mit der Ansicht, für welche die Verfahrensvorschriften bei der Interpretation des Art. 103 I GG keine Bedeutung besitzen und abgeschlossen wird mit der Auffassung, die den Inhalt des rechtlichen Gehörs nur in der jeweils vorhandenen verfahrensrechtlichen Ausgestaltung sieht.

I. ART. 103 I GG ALS ISOLIERT VOM VERFAHRENSZWECK ZU INTERPRETIERENDE VERFASSUNGSNORM

Es ist möglich, den Anspruch auf rechtliches Gehör allein aus der Verfassung zu interpretieren und einen Zusammenhang zwischen Art. 103 I GG und den jeweiligen Verfahrensvorschriften zu leugnen. Art. 103 I GG muß dann isoliert von den Besonderheiten seines Anwendungsgebietes, nämlich den einzelnen Verfahrensarten ausgelegt werden. Diese Auffassung wird von Arndt und von Löwe vertreten.

1. Arndts Interpretation des Art. 103 I GG

a) Sinn und Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Arndt ¹⁾ geht bei der Interpretation des Art. 103 I GG davon aus, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör einen menschenrechtlichen Gehalt besitzt und daß der Mensch verdinglicht, zum bloßen Objekt der Staatsgewalt erniedrigt würde, "wenn über seine Rechte und Pflichten befunden werden dürfte, ohne ihn in erschöpfender Weise anzuhören."

Im Gegensatz zu Dürig ²⁾ zieht jedoch Arndt zur Interpretation des Art. 103 I GG außer dieser an sich richtigen - aber für jede Grundrechtsnorm maßgebenden weltanschaulichen Prämisse - ein weiteres, aus Art. 103 I GG direkt entnommenes Auslegungskriterium heran. Er leitet nämlich den Inhalt des Art. 103 I GG aus einem materialen Begriff des Richtens ab. Nach Arndt erfordert der verbindliche Wahrspruch einer gerichtlichen Entscheidung, daß er nicht ohne Einflußbefugnis der Verfahrensbeteiligten entsteht, sondern daß die Betroffenen als Subjekte des gerichtlichen Verfahrens gewürdigt werden. Das Einflußnahmerecht der Beteiligten habe sich deshalb nicht nur auf die Tatsachen-, sondern auch auf die Rechtsfindung zu erstrecken, da das Gericht darüber zu befinden habe, ob eine Berechtigung rechtskräftig für gültig erklärt wird.

1) NJW 59, 6 und NJW 59, 1297.

2) Maunz-Dürig, Grundgesetz, 1960, Art. 103 I, Rdn. 5.

Dieser Interpretation des Art. 103 I GG ist im wesentlichen zuzustimmen. Es muß jedoch angemerkt werden, daß das Auslegungskriterium Arndts unter einer gewissen Einseitigkeit leidet. Arndt geht nämlich in erster Linie von der Aufgabe des Richters aus und vernachlässigt bei seiner Interpretation die Einbeziehung des Interesses der Prozeßbeteiligten an der richterlichen Tätigkeit. Beachtet man aber gerade dieses wesentliche Moment, dann ist für die Auslegung des Art. 103 I GG nicht die richterliche Funktion als solche, sondern die Beziehung zwischen Rechtsfindung und den von einer Gerichtsentscheidung Betroffenen maßgebend. Die Interessen, die die Verfahrensbeteiligten am Ausgang "ihres" Prozesses haben, werden zum Ansatzpunkt der Interpretation des Art. 103 I GG mit der Folge, daß Art. 103 I GG nicht dem Gericht zur Wahrheitsfindung dient ¹⁾, sondern in erster Linie den Verfahrensbeteiligten eine Möglichkeit eröffnet, für sich eine möglichst günstige Entscheidung herbeiführen zu können. Gerade diese wesentlichen Aspekte kommen aber bei dem Interpretationsversuch Arndts nicht ausreichend zur Geltung.

b) Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör - Rechtsgespräch

Soweit Arndt den Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör in der Gewährleistung eines "fair trial" sieht, das den Prozeßbeteiligten die Gelegenheit zur Einflußnahme auf eine gerichtliche Entscheidung durch Vortrag von Tatsachen und Rechtsausführungen gibt, kann ihm vorbehaltlos zugestimmt werden. Soweit er jedoch aus Art. 103 I GG folgert, daß der Richter zu einem positiven Tun verpflichtet sei, kann ihm nicht gefolgt werden. Soweit nämlich Arndt dem Richter verbietet, Rechtsansichten, zu denen die Parteien nicht Stellung nehmen konnten, bei seiner Entscheidung zu verwerten, überspannt er den Inhalt des Art. 103 I GG ²⁾. Für eine Verpflichtung des Richters zum sogen. "Rechtsgespräch" mit den Verfahrensbeteiligten besteht kein Bedürfnis, da der Richter kraft seines Amtes verpflichtet ist, einen Sachverhalt richtig zu subsumieren. Die Stellung eines Richters als einer integren, objektiv denkenden Persönlichkeit würde entwürdigt, wollte man ihm zumuten, seine Rechtsansicht vor Erlaß einer Entscheidung hypothetisch ³⁾

1) Wie Arndt in NJW 61, 1734 und in NJW 63, 455 meint.

2) Ebenso Maunz-Dürig, a. a. O. Rdn. 28, 38 u. 71; Röhl, NJW 59, 285; Lorenz, MDR 62, 626; Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 57; Löwe S. 137; Schwarzknecht, Einl. 1 Fc; BVerwG, NJW 61, 1548; BGHSt, NJW 61, 1222; BayVerfGE 13, 24 (25); NJW 59, 285 m. Anm. Gietl, NJW 59, 928; NJW 62, 1387. A. A. Ule, DVBl. 59, 537; Dahs, NJW 61, 1244; Croissant, NJW 63, 1711 ff.

3) Mit dieser Begründung lehnt Jagusch, NJW 59, 265 die Verpflichtung des Richters zu einem Rechtsgespräch ab. Er wiederholt seine Ansicht in NJW 62, 1645 ff. Von einer derartigen Auslegung seiner Ansicht distanziert sich allerdings Arndt in NJW 60, 1191 Anm. 21.

kundzutun und damit deren Begründung (etwa bindend?) vorwegzunehmen ¹⁾. Der Glaube an die Rechtschaffenheit der Richter ist nicht, wie Arndt meint ²⁾, autoritär gedacht, sondern eine Selbstverständlichkeit in einem demokratisch-rechtsstaatlichen Gemeinwesen. Die im Verfahrensrecht vorgesehenen richterlichen Aufklärungspflichten haben deshalb nichts mit Art. 103 I GG gemein, sondern verfolgen andere Zwecke ³⁾.

c) Verfahrenszweck und Art. 103 I GG

Arndt interpretiert Art. 103 I GG völlig unabhängig von den Regelungen in den Verfahrensgesetzen. Er sieht Art. 103 I GG als objektive Strukturnorm der rechtssprechenden Gewalt, die allenfalls Auslegungsregel des Verfahrensrechts ist und zugleich ein selbständiges subjektives Recht begründet. Soweit er daraus folgert, eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs erfordere einen spezifischen Verstoß gegen Art. 103 I GG, und nicht nur eine Nichtbeachtung des Verfahrensrechts, ist ihm zuzustimmen ⁴⁾. Soweit Arndt jedoch eine strenge inhaltliche Trennung zwischen rechtlichem Gehör in weitestem Sinn (Anhörung im Verwaltungsverfahren), in weiterem Sinn (Anhörung in den Verfahrensordnungen) und in engerem Sinn (Anhörung nach Art. 103 I GG) vornimmt, kann ihm nicht gefolgt werden. Denn der Anspruch aus Art. 103 I GG besitzt eine inhaltliche Beziehung zu den vorhandenen verfahrensrechtlichen Regelungen. Es geht nicht an, Art. 103 I GG losgelöst von seinem Anwendungsbereich zu interpretieren. Art. 103 I GG ist vielmehr unlösbar mit dem Gerichtsverfahren und damit mit den einzelnen Prozeßarten verknüpft. Innerhalb eines Prozesses muß rechtliches Gehör gewährt werden. Eine Isolierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

1) Zu welch seltsamen und die Verfahrensnotwendigkeiten negierenden Folgen ein derartiges Vorgehen führen müßte, macht besonders Jagusch, NJW 62, 1645 ff a.E. deutlich. (Dagegen polemisierend Arndt, NJW 63, 433 Anm. 8).

2) In NJW 60, 1191 Anm. 21.

3) Die §§ 265 StPO und 139 I 2 ZPO verfolgen den Zweck, die Beteiligten darauf hinzuweisen, daß sie zu einem bestimmten Komplex weitere Tatsachen und evtl. auch Rechtsausführungen vortragen können, falls sie eine ihnen günstige Entscheidung durch den Richter anstreben wollen (so Röhl, NJW 53, 1531 - umschwenkend allerdings in NJW 58, 1268). Damit ist der rechtsstaatlichen Warnfunktion der genannten Paragraphen Genüge getan. Das Einflußnahmerecht der Beteiligten setzt erst ein, nachdem das Gericht seiner Aufklärungspflicht nachgekommen ist. In diese Richtung geht auch die Ansicht von BGHSt, NJW 62, 2360 (Einrichtung der Verteidigung auf einen neuen rechtlichen Gesichtspunkt). Ausdrücklich offen gelassen wird die Frage nach einem Rechtsgespräch von BVerfGE 8, 197 (206) und BGHSt 13, 320 (325).

Wie hier Schwarz-Kleinknecht, Einl. 1 Fc.

4) Weil eben nur über § 90 BVerfGG eine Verfassungsbeschwerde zulässig ist.

von seinem Anwendungsfeld ist nicht möglich, da sonst Zusammengehörendes getrennt, wesensfremder Inhalt dem Anspruch auf rechtliches Gehör beigemischt und entgegen dem Interesse an einer geordneten Rechtspflege ein Neben- bzw. Gegeneinander, nicht aber ein Miteinanderwirken von rechtlichem Gehör und Verfahrensnotwendigkeiten erreicht würde.

Andererseits muß betont werden, daß Arndt den Inhalt des Anspruchs aus Art. 103 I GG offenbar doch nicht ganz getrennt von der jeweiligen Verfahrenssituation betrachtet wissen will. Er anerkennt nämlich eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs bei Entscheidungen, die ihrem Wesen nach vorläufig sind und betont, daß sich der Inhalt des Art. 103 I GG nicht losgelöst von den jeweiligen Gegebenheiten bestimmen läßt, sondern daß er "nur von Fall zu Fall unter möglichst konkreter Einbeziehung der Sachlage entwickelt werden" kann. Das ändert jedoch nichts daran, daß Arndt ein direktes Judizieren aus der Verfassung fordert und keine direkte Beziehung zwischen den bestehenden Verfahrensvorschriften und Art. 103 I GG anerkennt.

2. Löwes Interpretation des Art. 103 I GG

Ebenso wie Arndt interpretiert Löwe den Anspruch auf rechtliches Gehör losgelöst von der jeweils in Frage kommenden Verfahrensregelung.

a) Sinn und Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Bei seiner Untersuchung des Inhalts von Art. 103 I GG geht Löwe ¹⁾ von Sinn und Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus und kommt dabei zu dem an sich zutreffenden Ergebnis, daß das rechtliche Gehör als Wesensmerkmal der Rechtsprechung anzusehen ist. Er unterläßt es jedoch, die Beziehung zwischen der Rechtsprechung und dem im Einzelfall Betroffenen herzustellen und mißt deshalb Art. 103 I GG lediglich eine formale, um nicht zu sagen technische Bedeutung für den Gang der Rechtsprechung bei. Löwe geht nämlich davon aus, daß unter Rechtsprechung die Streitentscheidung eines unabhängigen Dritten im Rechtsstreit zweier Parteien zu verstehen sei, und daß diese Tätigkeit des Richters notwendigerweise die Möglichkeit zur Äußerung für die Parteien erfordere, weil sich der Kampf der Parteien um ihr Recht im Kopf des Richters abspiele. Das rechtliche Gehör diene "der Projektion der Standpunkte der Parteien in den Richter hinein" ²⁾ und sei deshalb Voraussetzung dafür, daß der Richter überhaupt entscheiden könne.

Abgesehen davon, daß gegen die von Löwe vertretene Ansicht über das Wesen der Rechtsprechung als einer Streitentscheidung zwischen den Interessen zweier

1) Löwe S. 9 ff.

2) Löwe S. 81 und ähnlich S. 92.

Parteien insbesondere im Hinblick auf das Strafverfahren - in dem ein Strafanspruch des Staats, gegen den sich der Angeklagte wendet, allenfalls fingiert werden kann - Bedenken anzumelden sind, krankt seine Interpretation des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorwiegend daran, daß er das rechtliche Gehör als Mittel zur Vermittlung des Streitstoffes zwischen Parteien und Richter ansieht und den Endzweck dieses Vorgehens darin erblickt, dem Richter das Fällen einer gerechten Entscheidung zu ermöglichen. Deshalb haftet Löwes Interpretation des Art. 103 I GG - so sehr er sich auch dagegen wendet - zumindest der Schein an, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör mehr der Wahrheitsermittlung durch das Gericht, als der Einflußnahme auf das Verfahren durch die Betroffenen dienen soll. Den zuletzt genannten Gesichtspunkt sieht Löwe zwar ebenfalls in Erwägung, betrachtet ihn aber offenbar nicht als Endzweck des Art. 103 I GG. Er bleibt deshalb bei seinem Interpretationsversuch letztlich auf halbem Weg stecken.

Da für Löwe das rechtliche Gehör in erster Linie den Zweck besitzt, eine Rechtsprechung rein technisch zu ermöglichen, kommt er zu dem folgerichtigen, aber nicht billigen Schluß, daß rechtliches Gehör nur dann zu gewähren sei, wenn sogen. echte Rechtsprechung, nicht aber, wenn nur verwaltende Tätigkeit ausgeübt werde ¹⁾. Zu welchem untragbarem Ergebnis diese Ansicht führen muß, erkennt Löwe selbst, wenn er meint, daß es sich in der Beschwerdeinstanz immer um echte, rechtliches Gehör erfordernde Rechtsprechung handeln müsse, selbst wenn in erster Instanz eine Entscheidung, der ihrem Wesen nach verwaltende Funktion zukomme, getroffen worden sei. ²⁾ Es liegt deshalb die Vermutung nahe, daß Löwe selbst erkannt hat, daß die von ihm vorgenommene Beschränkung des Anwendungsgebiets des Art. 103 I GG auf die sogen. echte Rechtsprechung zu eng ist.

b) Das Verhältnis zwischen Art. 103 I GG und der jeweiligen Verfahrensart

Löwe meint, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör unabhängig von der konkreten Verfahrensgestaltung allgemein bestimmt werden könne, weil das rechtliche Gehör "nur das Mindestmaß dessen sichern soll, was erfüllt sein muß, damit überhaupt ein echter Richterspruch zustande kommt" ³⁾. Er ist der Meinung, daß Art. 103 I GG dem Richter einen Ermessensspielraum gewährt und nur Mindestanforderungen an die Art und Weise des Prozeßverlaufs stellt. Nur wo die Verfahrensregelungen dazu führen würden, daß die richterliche Entscheidung nicht mehr auf der Grundlage des Parteienkampfes, sondern auf einseitigen Behauptungen oder auf selbständigen Untersuchungen des Richters beruhen würde, verlange deshalb der Grundsatz des rechtlichen Gehörs die Ausschaltung solcher Regeln ⁴⁾. Dieser Auf-

1) Löwe S. 65 ff.

2) Löwe S. 348 ff.

3) Löwe S. 113.

4) Löwe S. 93.

fassung kann nicht gefolgt werden, da sie einmal die Verfahrensnotwendigkeiten nicht berücksichtigt und zum anderen verkennt, daß sich Art. 103 I GG ebenso wie alle anderen Grundrechte optimal entfalten können muß. Deshalb darf man sich nicht damit begnügen, das Gebot des Art. 103 I GG als erfüllt anzusehen, sofern nur im Einzelfall eine gerade noch ausreichende, wenn auch sehr schwache Einflußnahmemöglichkeit erlaubt wird ¹⁾. Dem Anspruch auf rechtliches Gehör würde nämlich bei einer derartigen Interpretation so gut wie keine Bedeutung beigemessen werden, während in Wirklichkeit der Grundsatz des Art. 103 I GG gerade so angewendet werden muß, daß er bei Beachtung des konkreten Verfahrenszwecks seine größt-mögliche Wirkung entfalten kann. Von einem echten Ermessensspielraum bei der Gewährung rechtlichen Gehörs kann daher nicht gesprochen werden. Denn der jeweilige Verfahrenszweck ist eine Komponente, die dem Anspruch auf rechtliches Gehör immanent ist.

II. BEACHTUNG DES VERFAHRENSZWECKS BEI DER INTERPRETATION DES ART. 103 I GG

Im Gegensatz zu Arndt und Löwe messen das Bundesverfassungsgericht, Hamann, Dürig, Baur und Jagusch den Verfahrensvorschriften bei der Interpretation des Anspruchs auf rechtliches Gehör eine, wenn auch graduell verschiedene Bedeutung bei.

1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 103 I GG

Das Bundesverfassungsgericht ²⁾ hatte sich bisher häufig mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör zu befassen. Grundsätzliche Ausführungen zur Interpretation des Art. 103 I GG hat das Gericht jedoch nur selten gemacht ³⁾. Zur Bedeutung der Verfahrensvorschriften für die Auslegung des Art. 103 I GG wurde im wesentlichen nur einmal in der Grundsatzentscheidung im Band 9, 89 (95) Stellung genommen. Dabei führte das Gericht aus, daß der Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht isoliert von den Verfahrensnotwendigkeiten bestimmt werden darf.

1) Vgl. Arndt, NJW 63, 432 ff und die bedenkliche Argumentation von BayVerfGH, NJW 63, 707 ff.

2) Ebenso Röhl, NJW 53, 1531; 58, 1268 und v. Winterfeld, NJW 61, 849.

3) Vgl. BVerfGE 7, 53 (57); 7, 275 (278) und 9, 89 (95).

a) Zweck und Inhalt - positive und negative Formulierung des Grundsatzes vom rechtlichen Gehör

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts umfaßt Art. 103 I GG die Minimumgarantie, "daß einer gerichtlichen Entscheidung nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen Stellung zu nehmen den Beteiligten Gelegenheit gegeben war" ¹⁾. Neben dieser negativen Formulierung interpretiert das Gericht Art. 103 I GG aber auch positiv, indem es sagt, daß Art. 103 I GG den Verfahrensbeteiligten das Recht auf ausreichende Gelegenheit zur Stellungnahme gewährleiste ²⁾. Das Bundesverfassungsgericht folgert diesen Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör einmal aus der Zuordnung des Art. 103 I GG zum Rechtsstaatsprinzip ³⁾ und zum anderen aus der Betrachtung des Art. 103 I GG als eines verfassungsrechtlichen Reflexes der Menschenwürde ⁴⁾.

Zu diesem Ergebnis kommt das Bundesverfassungsgericht aufgrund der Überlegung, daß die Gerichte "über einen konkreten Lebenssachverhalt ein abschließendes rechtliches Urteil zu fällen" ⁵⁾ haben. Die rechtsstaatliche Erfüllung dieser Aufgabe erfordere die Anhörung der Beteiligten zum Zweck der allseitigen Aufklärung des Sachverhalts und im Interesse einer richtigen Entscheidung. Außerdem gebiete die Achtung vor der Menschenwürde, daß den Beteiligten nicht zugemutet werden dürfe, sich darauf verlassen zu müssen, daß die Gerichte schon die richtige Entscheidung treffen würden. Denn sonst würden die Betroffenen letztlich nur noch als Objekte des Verfahrens, nicht aber als Prozeßsubjekte behandelt werden ⁶⁾.

Daß die Auslegung einer Grundrechtsnorm dem Sinn und Gesamtzusammenhang der Verfassung gerecht zu werden hat, soll nicht bestritten werden. Deshalb ist der vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen Interpretation des Art. 103 I GG insoweit zuzustimmen, als sie verbietet, den Menschen zum Objekt eines Verfahrens zu degradieren. Es ist jedoch nicht vertretbar, wenn aus Grundprinzi-

1) Erstmals so deutlich in BVerfGE 6, 12 und dann folgend in 7, 239; 7, 275; 7, 340; 8, 184; 8, 208; 9, 261 (266); 9, 303; 10, 177 (182/183); 10, 274 (281-183). Ebenso die überwiegende Literatur und Rechtsprechung; vgl. Röhl, NJW 53, 1531.

2) BVerfGE 1, 418 (429); 5, 22; 6, 19; 7, 53; 7, 109; 8, 89; NJW 59, 29; 11, 218; 12, 110.

3) BVerfGE 7, 275 (278); 9, 89 (95); 12, 6 und wohl auch 3, 359 (263), wonach Art. 103 I GG ein ordnungsgemäßes Verfahren garantieren soll. Desgleichen Schultze-Rhonhof, S. 1.

4) Besonders deutlich bei v. Winterfeld, NJW 61, 849 und Schwarz-Kleinknecht, Einl. 1 Fa.

5) BVerfGE 9, 89 (95).

6) BVerfGE 7, 53 (57).

prien der Verfassung (Menschenwürde, Rechtsstaatlichkeit) mehr als allgemeine Leitsätze für die Interpretation eines konkreten Grundrechts entnommen werden. Die Grundrechte, die die Grundprinzipien konkretisieren, sind eigenständige Normen, die einer spezifischen, ihrem speziellen Charakter entsprechenden Interpretation bedürfen. Sie verwirklichen nämlich nicht nur auf einem besonderen Gebiet ein allgemeines Grundprinzip, sondern berücksichtigen auch die besondere Sachlage der zu regelnden Materie. Die negative und positive Interpretation des Art. 103 I GG, wie sie das Bundesverfassungsgericht vornimmt, entbehrt daher letztlich einer echten Begründung. Die Achtung der Menschenwürde ¹⁾ als oberstes Konstitutionsprinzip und das Rechtsstaatsprinzip sind als übergeordnete Verfassungsprinzipien ungeeignet, Wesentliches für die Interpretation der speziellen Verfassungsnorm über den Anspruch auf rechtliches Gehör auszusagen ²⁾.

Den zutreffenden Ansatzpunkt für die Auslegung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sieht das Bundesverfassungsgericht in der Bedeutung der Rechtsprechung für den jeweiligen Verfahrensbeteiligten. Wenn jedoch ausgeführt wird, daß die Anhörung im Interesse einer allseitigen Sachaufklärung und einer richtigen Entscheidung notwendig sei ³⁾, so sind insoweit Bedenken anzumelden. Wie noch näher darzulegen sein wird, wurde nämlich Art. 103 I GG nicht nur zur Unterstützung der Rechtspflege, sondern als Mittel für die Verfahrensbeteiligten zur Herbeiführung einer ihnen möglichst günstigen Entscheidung geschaffen. So kann es den Beteiligten u.U. gerade auf eine unvollkommene Sachaufklärung ankommen, um z.B. auf diese Weise einen Freispruch mangels Beweises zu erlangen. Art. 103 I GG soll nicht in erster Linie der objektiven Wahrheitsfindung dienen, sondern den Beteiligten erlauben, auf eine ihnen günstige, justizförmig richtige Entscheidung hinzuwirken ⁴⁾.

b) Verfahrenszweck und Art. 103 I GG

Zu dem Verhältnis von Art. 103 I GG und den Verfahrensvorschriften nimmt das Bundesverfassungsgericht eine uneinheitliche Stellung ein. Teilweise vertritt es die Meinung, daß die Verletzung einer Verfahrensvorschrift gleichzeitig eine Ver-

1) Wobei ich unterstelle, daß "Würde der Person" (in BVerfGE 9, 89) nur ein anderer Ausdruck für Menschenwürde ist.

2) Ebenso Ule, DVBl. 59, 537 (541 ff) der meint, daß es bei Art. 103 I GG nur um die Entscheidung gehe, wer Recht hat, und daß die Zurückführung des Art. 103 I GG auf die Achtung der Menschenwürde zu tief greife. Baur, AcP 153, 393 ff bezeichnet die Interpretation des Art. 103 I GG mit Hilfe der Menschenwürde als ungenau.

3) Ebenso BGHSt 5, 278.

4) Für den Strafprozeß vertritt v. Winterfeld, NJW 61, 849 die gleiche Meinung.

letzung des rechtlichen Gehörs darstelle ¹⁾; teilweise wird die Ansicht vertreten, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör von der Ausgestaltung des Verfahrens in den verschiedenen Verfahrensordnungen unabhängig sei und auf die Lage der Sache nicht abgestellt werden dürfe ²⁾; andererseits spricht das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung ³⁾ aus: "Es kann nicht der Sinn des Art. 103 I GG sein, sorgfältig überlegte Abwägungen zwischen den verschiedenen, in den einzelnen Verfahrensarten zu berücksichtigenden Interessen und darauf beruhende Einschränkungen des rechtlichen Gehörs schlechthin zu beseitigen".

Um der heutigen Ansicht des Bundesverfassungsgerichts gerecht werden zu können, ist von der zeitlich letzten grundlegenden Entscheidung vom 8. Januar 1959 ⁴⁾ auszugehen. In dieser Entscheidung argumentiert das Gericht historisch-genetisch und stellt fest, daß die Anhörung der Beteiligten im Verfahrensrecht seit langem grundsätzlich anerkannt und in den einzelnen Verfahrensordnungen konkretisiert worden sei. Es sei dabei notwendig gewesen, den Grundsatz des rechtlichen Gehörs mit anderen, aus der inneren Sachgerechtigkeit der einzelnen Verfahrensarten sich ergebenden Grundsätzen abzustimmen. An der Legitimität solcher Gegeninteressen und an der Notwendigkeit, zwischen ihnen und dem Interesse des Betroffenen an seiner Anhörung zu vermitteln, könne die Erhebung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs zum Grundrecht nichts geändert haben. Bei der Interpretation des Art. 103 I GG sei daher von dem "vorverfassungsrechtlichen Gesamtbild des Prozeßrechts auszugehen, da bei Inkrafttreten des Grundgesetzes die geltenden Verfahrensbestimmungen im allgemeinen rechtsstaatlichen Forderungen hinsichtlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs genügen".

Aus diesen Überlegungen zieht das Bundesverfassungsgericht den Schluß, daß es in engen Grenzen zur Sicherung schwerwiegender Interessen geboten sein könne, vorläufige richterliche Anordnungen ohne vorherige Anhörung des Beteiligten in Ausnahmefällen zu treffen, weil sonst der Zweck der Maßnahme gefährdet würde ⁵⁾. In diesen Fällen müsse dann aber das rechtliche Gehör nachträglich gewährt

1) BVerfGE 4, 190; 9, 261 (266) und 11, 29 bzgl. § 308 I StPO.

2) BVerfGE 7, 53 (57); 7, 95 (98/99) wo allerdings schon Entscheidungen mit Überraschungswirkungen als Sonderfälle anerkannt werden.

3) BVerfGE 9, 89 ff.

4) BVerfGE 9, 89 ff.

5) Außerdem rechtfertigt das BVerfG dieses Ergebnis mit dem inhaltlichen Nebeneinander der Art. 103 I und 104 GG, woraus sich ergebe, daß eine Modifikation des rechtlichen Gehörs auf eine nachträgliche Anhörung zulässig sei. Ein nachträgliches rechtliches Gehör sei in diesen Fällen aber unbedingt nötig. Ebenso OLG Köln, NJW 61, 609 unter Aufgabe der gegenteiligen Entscheidung NJW 56, 1925 und OLG Stuttgart, NJW 63, 1161 hins. der Anordnung einer eilbedürftigen vorläufigen Fürsorgeerziehung.

werden. Bei dieser Modifikation des Anspruchs auf rechtliches Gehör handelt es sich jedoch nicht um einen "geduldeten Kompromiß in der Ebene des Interessenkonflikts" ¹⁾, sondern - wie noch näher darzustellen sein wird - um den von vornherein nicht weitergehenden, verfassungsrechtlich legitimen Inhalt des Art. 103 I GG.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß das Bundesverfassungsgericht den Art. 103 I GG nicht isoliert von den Notwendigkeiten der Verfahrensregelungen betrachtet. Es werden vielmehr die Verfahrenszwecke als legitime Grundsätze mit in die Auslegung des Art. 103 I GG einbezogen. Das Bundesverfassungsgericht behandelt zwar in der zitierten Entscheidung mit Recht nur das für den anhängigen Fall maßgebende Verhältnis zwischen dem Grundsatz des Art. 103 I GG und dem Haftbefehrsverfahren. Es darf jedoch unterstellt werden, daß das Gericht bei anderen entsprechenden Sachlagen die gleichen Grundgedanken verwenden und den Anspruch auf rechtliches Gehör ebenso behutsam modifizieren wird wie in Band 9, 89 (95). Es darf jedoch nicht unerwähnt bleiben, daß das Bundesverfassungsgericht nur eine Verschiebung des Zeitpunkts bei der Anhörung aus Verfahrensnotwendigkeiten für zulässig hält, eine andere Modifikation des Grundsatzes aber nicht in Erwägung zieht. Es werden daher die Verfahrenszwecke nur teilweise, aber nicht umfassend bei der Interpretation des Art. 103 I GG berücksichtigt.

Wie sich die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Beschränkung des rechtlichen Gehörs allerdings mit dem von ihm zur Begründung des Inhalts von Art. 103 I GG herangezogenen nicht abstufbaren Würdebezirk des Menschen ²⁾ vereinbaren läßt, erklärt das Gericht nicht. Unbegründet bleibt auch die Meinung des Gerichts, daß gerade durch die Einschaltung des Richters eine Verschiebung des Zeitpunkts für die Gehörsgewährung zulässig sein soll. Hervorgehoben wird dagegen, daß Art. 103 I GG nicht nur über seine verfahrensgesetzlichen Ausprägungen zur Anwendung kommt, sondern auch unmittelbare Grundlage von Anhörungspflichten und Äußerungsrechten ist, wenn das rechtliche Gehör nicht in ausreichendem Maße von den Verfahrensvorschriften gewährt wird ³⁾.

1) Wie v. Winterfeld, NJW 61, 849 ff meint.

2) v. Winterfeld, NJW 61, 849 ff stellt darauf besonders ab; ebenso Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, S. 18.

3) BVerfGE 7, 95 (98/99); 8, 253 (255); 9, 89 (95).

2. Hamanns Interpretation des Art. 103 I GG

Hamann ¹⁾ geht bei der Interpretation des Art. 103 I GG von dem Zusammenhang zwischen rechtlichem Gehör und Rechtsstaatsprinzip einerseits und der Wahrung der Menschenwürde andererseits aus. Bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem Recht auf Anhörung und den Verfahrensvorschriften unterscheidet er zwischen der Gewährung des Gehörs überhaupt und der Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs im besonderen.

a) Art. 103 I GG und seine Beziehung zum "Muttergrundrecht"

Die von Hamann vorgenommene systematische Interpretation des Art. 103 I GG geht fehl. Hamann geht nämlich davon aus, daß Art. 103 I GG ein Grundrecht mit positivem Inhalt und kein negatives Abwehrrecht darstelle, was zur Folge habe, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht zu den Freiheitsrechten gehöre und deshalb auch nicht das "Muttergrundrecht" des Art. 2 I GG konkretisiere. Folglich könnten auch die Schutzgüter der Art. 2 I GG nicht als Schranken für Art. 103 I GG in Frage kommen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör sei vielmehr grundsätzlich uneinschränkbar.

Mit dieser Ansicht verkennt Hamann, daß der Soweit-Satz des Art. 2 I GG nicht als ein für alle Grundrechte geltender allgemeiner Obersatz verstanden werden darf. Denn sonst könnte Art. 2 I GG dazu herangezogen werden, die Verschiedenheit der spezialrechtlich ausgeprägten Grundrechte einzuebnen, während doch die Spezialgrundrechte gerade der besonderen Situation, die sie zu regeln haben, gerecht werden müssen und deshalb auch hinsichtlich ihrer Schranken eine spezifische Interpretation erfordern. Wenn Hamann den seiner Ansicht nach grundsätzlich uneinschränkbar Anspruch auf rechtliches Gehör in Analogie zu den im Apothekerurteil des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Grundsätzen doch zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter für einschränkbar hält, so übersieht er, daß zwar zwischen Berufswahl und Berufsausübung ein unlösbarer Zusammenhang besteht, daß es an einer solchen Beziehung innerhalb von Art. 103 I GG aber fehlt ²⁾.

b) "Ob" und "Wie" der Gewährung rechtlichen Gehörs

Hamann will das "Ob" des Anspruchs auf rechtliches Gehör völlig unabhängig von den einschlägigen Prozeßvorschriften bestimmen, während er das "Wie" der Gewährung ausschließlich von den Prozeßvorschriften geregelt wissen will. ³⁾

1) AnwBl. 58, 141 ff.

2) Ebenso Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 44.

3) So im Grundsatz wohl auch BVerwG, DÖV 61, 799.

Bei dieser Sicht wird der unlösbarer Zusammenhang zwischen "Ob" und "Wie" der Gewährung rechtlichen Gehörs übersehen. Denn wenn etwa die Art der Gewährung des rechtlichen Gehörs durch Verfahrensvorschriften so gestaltet ist, daß von einem wirksamen Einflußnahmerecht nicht mehr gesprochen werden kann, dann wird damit auch unmittelbar die Frage des "Ob" berührt. Die Art der Gewährung rechtlichen Gehörs bestimmt daher entscheidend den Umfang und Wirkungsgrad des Art. 103 I GG. Mithin ist die von Hamann angenommene Beziehung zwischen den Prozeßvorschriften und Art. 103 I GG nicht geeignet, die Tragweite des Rechts aus Art. 103 I GG in einem konkreten Verfahren zu bestimmen. Hierbei kommt es nämlich darauf an, wie die Prozeßvorschriften gestaltet sein müssen, um dem Anspruch auf rechtliches Gehör zu genügen. Das "Ob" des rechtlichen Gehörs ist somit von seinem "Wie" abhängig, ebenso wie andererseits das "Wie" der Forderung nach dem "Ob" entsprechen muß.

Im Endeffekt würde die konsequente Anwendung der Überlegungen Hamanns wohl auf eine starke Betonung der Verfahrensregelung bei der Inhaltsbestimmung des Art. 103 I GG hinauslaufen. Angestrebt dürfte von ihm aber entgegen diesem Ergebnis eher eine weitgehende absolute Gewährung rechtlichen Gehörs sein ¹⁾. Da Hamanns Absicht daher dahin geht, den Verfahrensbestimmungen bei der Interpretation des Art. 103 I GG keine allzu große Bedeutung beizumessen, ist es systematisch angebracht, Hamanns Ausführungen an dieser Stelle anzuführen.

3. Dürigs Interpretation des Art. 103 I GG

Sehr ausführlich befaßt sich Dürig mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör bei seiner Kommentierung des Art. 103 I GG (in Maunz-Dürig, Grundgesetz, 1960). Die Bedeutung der Verfahrensregelungen für die Interpretation des Art. 103 I GG sieht er im Ansatzpunkt ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht. Er verallgemeinert jedoch zu Recht die nur für ein bestimmtes Gebiet aufgestellten Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts und kommt daher zu einer weittragenden Bedeutung der Verfahrensregelungen für die Auslegung des Art. 103 I GG.

a) Art. 103 I GG und die Unantastbarkeit der Menschenwürde

Dürig geht davon aus, daß Art. 103 I GG als Hilfsgrundrecht der gerichtlichen Durchsetzung materialer Grundrechte dient ²⁾. Infolge seiner letztlichen Verankerung in Art. 1 I GG fordere Art. 103 I GG, "daß der Einzelne stets als Person gesehen und behandelt und nicht zum bloßen Objekt einer staatlichen Maßnahme oder Entscheidung degradiert wird", und daß "der Mensch das Recht zur sachlichen

1) Weil er Art. 103 I GG nur in seltenen Ausnahmefällen für einschränkbar hält.

2) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 3.

Äußerung und Rechtfertigung erhält und dadurch Einfluß auf den Ablauf und das Ergebnis des Verfahrens nehmen kann" ¹⁾.

Die Zurückführung des rechtlichen Gehörs auf Art. 1 GG ist zwar geeignet, den Verfassungsrang des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu rechtfertigen. Für die Auslegung des Art. 103 I GG ist die vorgenommene systematische Interpretation jedoch viel zu allgemein, um ein brauchbares Interpretationskriterium für Art. 103 I GG darstellen zu können ²⁾. Darüber hinaus ergeben sich aber auch Bedenken gegen die Heranziehung des Art. 1 GG als ausschlaggebendem Bezugspunkt für die Interpretation des Art. 103 I GG aus der Tatsache, daß die Achtung vor der Menschenwürde beispielsweise nicht nur gegenüber dem vor Gericht erschienenen, straffälligen Täter, sondern auch gegenüber dem von der Tat Betroffenen (Verletzten) zu wahren ist, (Entsprechendes gilt etwa auch zwischen Kläger und Beklagtem). Da der Staat also die Würde mehrerer Beteiligter zu schützen und zu achten hat, befindet er sich in einer Pflichtenkollision ³⁾, die einen Ausgleich beider Interessen je nach der Sachlage erfordert. Das bedeutet, daß die Unverletzlichkeit der Menschenwürde nicht als ein feststehender unveränderlicher Ausgangspunkt für die Auslegung des Anspruchs auf rechtliches Gehör herangezogen werden kann ⁴⁾.

b) Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Nach Dürig bedeutet der Anspruch auf rechtliches Gehör inhaltlich, "daß den Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit geboten sein muß, sich zu allen einschlägigen Tat- und Rechtsfragen des konkreten Verfahrens zu äußern und gehört zu werden" ⁵⁾. Dürig ⁶⁾ wendet sich damit zu Recht gegen die übliche negative Inhaltsbestimmung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, wonach bei einer Gerichtsentcheidung nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse verwertet werden dürfen, zu denen die Beteiligten Gelegenheit hatten, Stellung zu nehmen. Diese Formel mag zwar geeignet sein, um eindeutige Verstöße gegen Art. 103 I GG feststellen zu können; sie ist jedoch in Wahrheit nur die negative Funktion des positiven Anspruchs auf Anhörung ⁷⁾ und durch ihre häufige stereotype und floskelhafte Anwendung eher geeignet, den Anspruch auf rechtliches Gehör zu verzeichnen, als klar

1) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 5 und ähnlich Dürig, AÖR 8, 117 (128).

2) Vgl. insoweit im einzelnen oben 1 a.

3) Dürig, AÖR 8, 117 (128).

4) Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, S. 7 ff, folgert aus der Zuordnung von Person und Gemeinschaft auch immanente Grenzen der Menschenwürde.

5) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 28.

6) und ebenso Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 57.

7) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 29 und 30; Löwe S. 119, sieht hierin die Bedeutung des Art. 103 I GG von der Seite des Gerichts aus.

zu bezeichnen. Dürig macht weiterhin deutlich, daß das allseitige Anhörrecht des Art. 103 I GG den Beteiligten nicht nur ein Verteidigungs-, sondern auch ein Angriffsrecht im Prozeß gibt ¹⁾. Außerdem sind nach Dürig Tatsachen und Rechtsausführungen für eine Entscheidung in gleicher Weise von Bedeutung ²⁾ und werden daher auch gleichermaßen vom Gebot des Art. 103 I GG umfaßt.

c) Subjektstellung und Prozeßverantwortung

An die Wahrnehmung des gewährten Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Verfahrensbeteiligten stellt Dürig mit Recht höhere Anforderungen als dies sonst geschieht. Er betont nämlich die Prozeßverantwortung, die sich aus der Subjektstellung der Verfahrensbeteiligten ³⁾ bei der Wahrnehmung des Rechts aus Art. 103 I GG ergibt.

Dürig geht bei seinen Überlegungen davon aus, daß Art. 103 I GG lediglich die prozessuale Gelegenheit zur Äußerung gebe, nicht aber fordere, daß die Verfahrensbeteiligten auch tatsächlich vor jeder Entscheidung gehört werden müssen. Sie könnten vielmehr ihr Einflußnahmerecht durch Passivität verwirken - sei es bewußt oder sei es aus Nachlässigkeit - da wir in einem "Prozessualen Rechtsstaat", nicht aber in einem "Prozessualen Versorgungsstaat" leben, der dem Bürger das Risiko des eigenen "procedere" ersatzlos abnehme ⁴⁾. Daraus folge, daß bei der Kenntniserlangung des Tatsachen- und Rechtsstoffes grundsätzlich die Informationslast bei den Beteiligten selbst liege ⁵⁾. Das Gericht müsse nur dann aktiv werden, wenn den Beteiligten eine eigene Unterrichtung unzumutbar sei, oder wenn die Betroffenen mit einer veränderten Tatsachen- oder Rechtslage nicht rechnen müßten ⁶⁾.

Der von Dürig vorgenommenen Unterscheidung zwischen einer von den Parteien selbst vorgenommenen und einer vom Gericht ausgehenden Unterrichtung der Beteiligten kommt eine bisher wenig gesehene aber überaus wichtige Bedeutung für die Auslegung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu. Denn der Schwerpunkt für die Beantwortung der Frage, ob eine ausreichende Gewährung rechtlichen Gehörs oder eine Verletzung des Art. 103 I GG vorliegt, verschiebt sich unter Beachtung dieser Erkenntnis ganz erheblich. Er liegt nämlich nicht mehr bei der Untersuchung

1) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 30; ebenso Forsthoff S. 217.

2) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 33-36.

3) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 61 ff.

4) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 6; ebenso Röhl in NJW 58, 1268 unter Hinweis auf § 105 III Arb. GG.

5) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 63.

6) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 64.

der Frage, ob das Gericht Tatsachen und Beweisergebnisse verwertet hat, zu denen die Beteiligten nicht Stellung nehmen konnten, sondern bei der Prüfung, ob ein konkretes Verfahrensgefüge als ganzes den Beteiligten die Möglichkeit gibt, ihre Verteidigungs- und Angriffsmittel in gehörigem Maße vorzubringen. Entscheidend für die Erfüllung und für eine Verletzung des Art. 103 I GG ist also, ob eine Verfahrensregelung den Beteiligten genügend prozessuale Mittel zur sachgemäßen Ausübung der ihnen obliegenden Prozeßverantwortung zur Verfügung stellt oder nicht.

d) Verfahrenszweck und Art. 103 I GG

Dürig sieht in Art. 103 I GG eine ranghöhere Norm, die sich im Konfliktfall gegenüber den einfachen Verfahrensgesetzen durchzusetzen vermöge. Er betont jedoch, daß Art. 103 I GG nur eine verfassungsrechtliche Minimalforderung darstelle ¹⁾ und daß deshalb seine Wirkung im einzelnen in jedem Prozeßrecht verschieden sein könne ²⁾. Art. 103 I GG wird also nicht isoliert von den vorhandenen Verfahrensvorschriften interpretiert, sondern in seiner Ausgestaltung den Erfordernissen des jeweiligen Verfahrens angepaßt. Denn nach Dürig wirkt "Art. 103 I GG nur unter Wahrung des Systems des Prozeßrechts und der Struktur der einzelnen Verfahrensorten. Deshalb muß Art. 103 I GG (ausnahmsweise und vorübergehend) zurücktreten, wenn sich aus dem Zweck und der Besonderheit einzelner Verfahrensorten system- und sachgerecht zwingend Beschränkungen des rechtlichen Gehörs ergeben. Art. 103 I GG reicht nach seinem Sinn und seiner Intention von vornherein nicht so weit, die traditionellen Verfahrenstypen als solche zu revolutionieren" ³⁾. Zu dieser zutreffenden Begrenzung des Inhalts von Art. 103 I GG kommt Dürig ebenso wie das Bundesverfassungsgericht ⁴⁾ aufgrund einer historisch-genetischen Interpretation. Dürig untermauert das Ergebnis außerdem mit Hilfe des folgenden argumentum a fortiori: "Wenn eine Freiheitsentziehung ohne richterliche Anordnung ausnahmsweise zulässig ist, dann muß erst recht eine Freiheitsentziehung oder ein Vermögenszugriff durch den Richter ohne vorherige Anhörung erlaubt sein" ⁵⁾.

Zutreffend führt Dürig aus, daß das rechtliche Gehör nicht nur nach Maßgabe des einschlägigen Prozeßrechts zu gewähren sei. Art. 103 I GG greife vielmehr unmittelbar ein, wenn in einer Verfahrensregelung das rechtliche Gehör nicht oder nicht ausreichend gewährt werde ⁶⁾. Dies folge aus der Tatsache, daß Art. 103 I GG

1) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 20.

2) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 18.

3) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 44.

4) BVerfGE 9, 89 ff.

5) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 46.

6) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 23 und 24.

nicht nur ein subjektiv öffentliches Recht, sondern auch eine objektive, in Verfassungsrang erhobene Verfahrensnorm darstelle ¹⁾, die den spezialgesetzlichen Regelungen vorzugehen habe.

Bei der Interpretation des Anspruchs auf rechtliches Gehör betrachtet also Dürig die Verfahrensvorschriften weder als nebensächlich, noch als allein entscheidend. Er bezieht sie vielmehr in die Auslegung des Art. 103 I GG ein, ohne dadurch Art. 103 I GG in seiner verfassungsrechtlichen Eigenständigkeit zu schmälern. Er erkennt, daß neben Art. 103 I GG auch die Verfahrensvorschriften legitime Zwecke verfolgen und daß deshalb der richtig verstandene Anspruch auf rechtliches Gehör nur in einer Synthese aus abstraktem Grundsatz und zweckgebundenen Verfahrensvorschriften bestehen kann.

4. Baur's Interpretation des Art. 103 I GG

Baur ²⁾ berücksichtigt bei der Interpretation des Art. 103 I GG die jeweils vorhandenen verfahrensgesetzlichen Ausformungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör in erheblich stärkerem Maß, als dies bei den bisher erörterten Ansichten der Fall ist.

a) Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör - Justizgewährungsanspruch

Baur's Meinung nach entspringt Art. 103 I GG "einer Unrechtsabwehrtendenz als Surrogat einer staatlich nicht normierten ursprünglichen Angriffs- und Verteidigungshandlung". Die Einwirkungsmöglichkeit auf eine künftige gerichtliche Entscheidung durch die Verfahrensbeteiligten sieht Baur also im Zusammenhang mit der von ihm aus Art. 103 I GG gefolgerten Justizgewährungspflicht des Staats. Er betrachtet den Justizgewährungsanspruch des Bürgers gegen den Staat als notwendiges Korrelat zum staatlichen Streitentscheidungsmomopol. Es geht jedoch zu weit, diesen an sich richtigen Zusammenhang zur Interpretation des Art. 103 I GG heranzuziehen; denn Art. 103 I GG soll dem Verfahrensbeteiligten im Prozeß eine Subjektstellung gewähren. Außerhalb eines Gerichtsverfahrens soll und kann Art. 103 I GG dagegen keine Wirkung entfalten, da sein Wortlaut voraussetzt, daß ein Verfahren eingeleitet sein muß, bevor aufgrund der den Verfahrensbeteiligten zukommenden Subjektstellung eine Einflußnahmemöglichkeit im Verfahren eröffnet wird ³⁾.

1) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 7.

2) AcP 153, 393 ff.

3) Ebenso Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 88 und Löwe S. 106 ff.

Eine andere Frage ist, ob Art. 6 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten weiter geht und auch einen Justizgewährungsanspruch umfaßt.

Baur ist zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, daß gerichtliche Entscheidungen auf die Rechtsstellung der Beteiligten nachteilig einwirken können und daß Art. 103 I GG den Betroffenen die Chance biete, auf die künftige gerichtliche Entscheidung Einfluß nehmen zu können, d. h., den Eingriff möglichst abzuwehren. Diese Einflußnahme könne sowohl in einer defensiven als auch in einer offensiven Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bestehen. Defensiv wirke die Stellungnahme zu den Anträgen und dem Tatsachenvorbringen des Gegners, offensiv die Anreicherung des Tatsachenstoffes durch Vortrag neuer Tatsachen, die Stellung von Beweisanträgen und die Äußerung zu den Beweisergebnissen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör diene deshalb nicht so sehr der Förderung der dem Gericht obliegenden Wahrheitsermittlung, als vielmehr dem Interesse der Verfahrensbeteiligten, einen für sie günstigen Einfluß auf den Ausgang des Prozesses nehmen zu können.

b) Art. 103 I GG und die Verfahrensvorschriften

Für Inhalt und Form des rechtlichen Gehörs spielen nach Baur die Verfahrensgesetze eine entscheidende Rolle. Er meint, daß sich der Richter an die Einzelausgestaltung des rechtlichen Gehörs in den Verfahrensregelungen zu halten habe. Die ausdrückliche Präzisierung des rechtlichen Gehörs in den Prozeßgesetzen sei für den Richter maßgebend, selbst wenn dort aus gewichtigen Gründen kein rechtliches Gehör gewährt werde. Baur formuliert: "Solange also einer Prozeßordnung die Tendenz, den Grundsatz des rechtlichen Gehörs als maßgeblich zu erachten, innewohnt, ist diese gesetzliche Regelung für den Richter maßgebend; der Verfassungssatz selbst erlangt aber dort seine unmittelbare Bedeutung, wo das Gesetz schweigt, oder in seiner Regelung den Anforderungen eines rechtsstaatlichen Verfahrens - des due process of law - eben deswegen nicht genügt, weil das rechtliche Gehör nicht gewährleistet wird". In diesem Fall ist nach Baur's Ansicht auf den konkreten Verfahrenszweck Rücksicht zu nehmen, da die Wahl des typischerweise richtigen Wegs zur Fällung einer gerechten Entscheidung nach Zweckmäßigkeitpunkten zu geschehen habe. Das bedeute, daß etwa bei Verfahren mit Beschleunigungs- und Überraschungstendenz eine Abwägung zwischen der Wichtigkeit des rechtlichen Gehörs und den Verfahrensprinzipien vorzunehmen sei. Überwiege die Bedeutung des Verfahrenszwecks, so habe der Anspruch auf rechtliches Gehör zumindest zeitlich zurückzutreten ¹⁾.

1) Wegen der Zulässigkeit dieser Ausnahmen meint Löwe, S. 41 ff, widerlege Baur seine Eingriffslehre selbst als zu weit gefaßt. Dem ist nicht zuzustimmen, da die Differenzierung zwischen vorgängigem und nachträglichem rechtlichem Gehör nicht, wie Löwe meint, zu einer Versagung, sondern zu seiner sachgemäßen Gewährung führt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß Baur bei der Inhaltsbestimmung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von dessen historisch überkommenen Ausformungen ausgeht und bei der Bestimmung von Art und Weise des Einflußnahmerechts den jeweiligen Zweck des Gerichtsverfahrens ausschlaggebend sein läßt. Entscheidend ist für Baur eben nur, ob dem Verfahren die Tendenz innewohnt, den Beteiligten rechtliches Gehör zu gewähren. Diese Ansicht Baur's unterliegt die Gefahr, die besonderen Ausformungen, die das rechtliche Gehör in den Prozeßgesetzen erfährt, bei der Interpretation des Art. 103 I GG zu stark zu betonen. Verlangt man nämlich nur, daß ein Verfahren die Tendenz aufweist, die Subjektstellung der Betroffenen zu wahren, so kann es sehr leicht dazu kommen, daß Art. 103 I GG als eine in Verfassungsrang stehende Verfahrensnorm inhaltlich entleert und von rangniedrigeren Normen überspielt wird. Es kann sich daher die Frage, ob eine Verfahrensregelung dem Gebot des Art. 103 I GG entspricht, auch nicht daran entscheiden, ob die Verfahrensart in ihrer Tendenz den Anspruch auf rechtliches Gehör gewähren will oder nicht. Maßgebend ist vielmehr, ob die Verfahrensvorschriften bei sachgemäßer Berücksichtigung des verfolgten Verfahrenszwecks dem Betroffenen effektiv eine ausreichende Subjektstellung im Prozeß einräumen. Nur eine solche die Einzelregelung betrachtende Ansicht kann sicherstellen, daß Art. 103 I GG seine ihm zukommende Wirkung voll entfalten kann.

5. Jaguschs Interpretation des Art. 103 I GG

Noch stärker als Baur betont Jagusch ¹⁾ die Bedeutung der verfahrensgesetzlichen Regelungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör für die Interpretation des Art. 103 I GG.

a) Induktive Auslegung des Art. 103 I GG

Jagusch vertritt die Meinung, daß die praktische Anwendung des Grundsatzes aus Art. 103 I GG nicht doktrinär und deduktiv erfolgen könne. Das rechtliche Gehör diene nämlich einem wichtigen Grundinteresse und müsse so ausgelegt werden, "daß es - ohne eigenen Substanzverlust - andere ebenfalls unverzichtbare Belange nach gehöriger Abwägung nicht schädigt". Deshalb dürfe das rechtliche Gehör den berechtigten Zweck eines notwendigen Verfahrens nicht durchkreuzen. Erst da, wo der Verfahrenszweck nicht gefährdet werde, gehe der richtig verstandene Anspruch auf rechtliches Gehör vor.

Die Folge dieser Überlegungen ist, daß Jagusch bei der Interpretation des Art. 103 I GG bewußt induktiv vorgeht ²⁾. Diese Interpretationsmethode gewährlei-

1) In NJW 59, 265.

2) Ebenso Röhl, NJW 53, 1531, wenn er meint, der Inhalt des Art. 103 I GG ergebe sich aus der Summe der Verfahrensvorschriften, die sich auf das rechtliche Gehör beziehen.

stet zwar, daß Art. 103 I GG nicht isoliert von dem konkreten Zweck eines Verfahrens interpretiert wird. Sie bewirkt aber auch, daß der Verfahrenszweck absolut vorrangig behandelt wird und dadurch der Anspruch auf rechtliches Gehör in einem Verfahren zur Nebensache gemacht wird, obwohl das rechtliche Gehör verfassungsrechtlich normiert ist, während der Verfahrenszweck nur in einfachen Gesetzesvorschriften seinen Niederschlag findet. Diese Überbewertung der Verfahrensvorschriften bei der induktiven Interpretation des Art. 103 I GG wird der eigenständigen, verfassungsrechtlichen Bedeutung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht gerecht. Eine verfassungsgerechte Auslegung des Art. 103 I GG hat vielmehr von der Verfassungsnorm selbst und ihrem Anwendungsgebiet in den einzelnen Gerichtsverfahren auszugehen. Nur so kann der sachgerechte allgemeine Inhalt des Art. 103 I GG bestimmt werden. Eine deduktive Anwendung des gefundenen allgemeinen Ergebnisses auf den konkreten Fall ist dann sehr wohl möglich.

b) Art. 103 I GG und verfahrensrechtliche Ordnungsvorschriften

Bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen Art. 103 I GG und den Verfahrensvorschriften unterscheidet Jagusch zwischen dem Grundrecht auf umfassende Anhörung und bloßen Ordnungs- und Belehrungsvorschriften. Da die technischen Vorschriften nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten getroffen sind und auch anders lauten könnten, liegt für Jagusch ein Verstoß gegen Art. 103 I GG nur vor, wenn das rechtliche Gehör ganz versagt wird, nicht aber wenn es wenigstens noch irgendwie gewährt wird. Er sieht die Gefahr einer Superrevision vor dem Bundesverfassungsgericht, wenn wegen eines Verstoßes gegen formale Ordnungsvorschriften eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gerügt werden kann, obwohl sachlich ausreichend Gehör gewährt wurde. Deshalb warnt Jagusch vor der Veränderung wohlbedachter Verfahrensregeln durch die verfassungsrechtliche Generalklausel des Art. 103 I GG und verlangt, daß bei der Auslegung von Art. 103 I GG auf das jeweilige Verfahrensgefüge Rücksicht genommen werden muß.

Bei seiner Ansicht vernachlässigt Jagusch die Forderung des Art. 103 I GG nach Gewährung einer ausreichenden, effektiven Einflußnahmemöglichkeit. Die Verfahrensvorschriften dürfen nämlich nicht nur dem Verfahrenszweck dienende Zweckmäßigkeitsregelungen enthalten, sondern müssen auch den Verfahrensbeteiligten ausreichendes Gehör gewähren. Es kann deshalb durch bisher als Ordnungsvorschriften angesehene Regelungen durchaus gleichzeitig dem Gebot des Art. 103 I GG nachgekommen werden. Wenn allerdings mehrere Verfahrensvorschriften vorhanden sind, die getrennt eine Einflußnahme auf den Prozeßverlauf durch den Betroffenen erlauben, und das Gericht nur gegen eine dieser Vorschriften verstößt, so ist Jagusch zuzustimmen, wenn er hierin nur einen formalen Ordnungsverstoß aber keine Verletzung des Art. 103 I GG erblickt. Denn entscheidend für eine Verletzung des Art. 103 I GG ist, ob die Summe der Vorschriften eines Verfahrens den Verfahrens-

beteiligten erlaubt, als Subjekte auf den Ausgang des Verfahrens einzuwirken. Die Verletzung einer Einzelvorschrift, die als Ordnungsvorschrift den Beteiligten Gehör gewährt, muß daher nicht unbedingt einen Verstoß gegen Art. 103 I GG darstellen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß Jagusch übersieht, welche Anforderungen Art. 103 I GG an die Ausgestaltung der Verfahrensvorschriften hinsichtlich der Gewährung rechtlichen Gehörs stellt und daß er die Bedeutung des jeweiligen Verfahrenszwecks für die Auslegung des Art. 103 I GG überbewertet. Der Inhalt des Art. 103 I GG wird von ihm zwar nicht generell mit der Ausformung des rechtlichen Gehörs in den Verfahrensgesetzen gleichgesetzt, aber doch weitgehend damit identifiziert. Damit nimmt er Art. 103 I GG einen Großteil seiner verfassungsmäßigen, eigenständigen Bedeutung, die ihm im Gerichtsverfahren zukommen muß.

III. GEWÄHRUNG RECHTLICHEN GEHÖRS NACH MASSGABE DER SPEZIELLEN VERFAHRENSREGELUNG

Während Jagusch bei seiner Interpretation des Anspruchs auf rechtliches Gehör den Verfahrensvorschriften nur eine vorrangige Stellung einräumt, sind nach Peters und dem Bayrischen Verfassungsgerichtshof die prozessualen Regelungen für die Auslegung des Art. 103 I GG allein maßgebend.

1. Peters' Interpretation des Art. 103 I GG

Peters¹⁾ lehnt eine Anwendung der Verfassungsnormen in der Sphäre der alltäglichen Gesetze ab. Er meint, daß es bei Art. 103 I GG lediglich "um die Sicherung der großen Linien unserer Rechtspflege" gehe und daß damit der Ausdehnung des Art. 103 I GG eine Grenze gesetzt sei. Eine selbständige prozessuale Bedeutung im Gerichtsverfahren mißt Peters dem Grundsatz des Art. 103 I GG nicht bei.

a) Konkretisierung des unbestimmten Inhalts von Art. 103 I GG

Peters meint, daß "dem Art. 103 I GG Genüge geschehen ist, wenn der Betroffene überhaupt Gelegenheit gehabt hat, sich zur Sache zu äußern". Wann und wie rechtliches Gehör zu gewähren sei, lasse sich aus Art. 103 I GG nicht entnehmen. Vielmehr sei "Art. 103 I GG über seinen unbestimmten Inhalt hinaus an Hand etwa bestehender Prozeßvorschriften für die jeweilige Verfahrenssituation zu kon-

1) In JZ 58, 435 als Anmerkung zu BVerfGE 7, 275.

Ähnlich Schütz, NJW 61, 582 ff für die Frage, ob dem Verurteilten vor der Entscheidung über die bedingte Entlassung die Stellungnahme der Strafvollzugsbehörde bekanntzumachen ist.

ketisieren". Das hat zur Folge, daß Art. 103 I GG je nach der Prozeßsituation einen variablen Inhalt besitzt.

Peters wendet sich hiermit gegen die allgemein gefaßte These des Bundesverfassungsgerichts, daß Grundlage einer Entscheidung nur solche Tatsachen sein dürfen, zu denen der Betroffene Stellung nehmen konnte. Bei seinen Ausführungen übersieht er jedoch, daß Art. 103 I GG nicht in erster Linie eine geordnete Rechtspflege sichern, sondern - wie noch näher darzustellen sein wird - dem Prozeßbeteiligten im Verfahren zu einer einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung verhelfen will. Der Grundsatz des Art. 103 I GG soll dem Bürger das Recht gewähren, sich in beschränktem Rahmen gegen die Macht staatlicher Gerichte zu wehren. Es geht deshalb nicht an, dem Verfahrensbeteiligten nur die Gelegenheit zur Äußerung überhaupt zu geben. Es ist vielmehr notwendig, daß der Betroffene alle die Möglichkeiten erhält, die erforderlich sind, um sich als Subjekt im Verfahren wirksam zur Geltung zu bringen. Das bedeutet, daß Art. 103 I GG dem Prozeßbeteiligten nicht, wie Peters meint nur das Recht gibt, sich irgendwie im Prozeß äußern zu können, sondern daß ihm die Möglichkeit gegeben werden muß, je nach Verfahrensart und Verfahrenslage optimalen Einfluß ausüben zu können. Art. 103 I GG gebietet also nicht nur, dem Betroffenen ein unbestimmtes Äußerungsrecht zu geben, sondern bestimmt auch, welcher Art die dem Verfahrenszweck angepaßte wirksamste Einflußnahmemöglichkeit sein muß.

b) Art. 103 I GG und die Verfahrensvorschriften

Für Peters besitzen die Verfahrensvorschriften für die Auslegung des Anspruchs auf rechtliches Gehör keine Bedeutung. Art. 103 I GG gewährt seiner Meinung nach lediglich den einzelnen Bestimmungen der Prozeßordnungen, die das rechtliche Gehör näher umschreiben, Verfassungsschutz. Abgesehen von einer völligen verfahrensrechtlichen Gehörsversagung besitze Art. 103 I GG deshalb keine über die vorhandenen Verfahrensregelungen hinausgehende Bedeutung und könne deshalb normalerweise auch nicht direkt angewendet werden. Der Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör erschöpft sich demnach nach Peters in der in den Verfahrensgesetzen jeweils getroffenen Ausgestaltung. Art. 103 I GG kommt also keine eigenständige prozessuale Bedeutung zu.

Die Folge dieser Interpretation des Art. 103 I GG durch Peters ist eine inhaltliche Entleerung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Peters erkennt, daß Art. 103 I GG als Prozeßgrundsatz in jedem gerichtlichen Verfahren aktuelle Bedeutung erlangt und deshalb ebenso wie die Regelungen einfacher Gesetze in der alltäglichen Gerichtspraxis beachtet werden muß. Eine Entwertung als Grundrecht erfährt Art. 103 I GG dadurch nicht, da eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs erst nach voller Ausschöpfung des Rechtswegs möglich ist. Der

Verstoß gegen eine Verfahrensvorschrift, der gleichzeitig eine Verletzung des Art. 103 I GG darstellt, muß daher zuerst im ordentlichen Rechtsmittelweg gerügt werden, ehe eine Verfassungsbeschwerde zulässig ist.

2. Die Rechtsprechung des Bayrischen Verfassungsgerichtshofs zum Anspruch auf rechtliches Gehör

Jegliche prozessuale Bedeutung innerhalb eines Gerichtsverfahrens leugnet der Bayrische Verfassungsgerichtshof für Art. 103 I GG bzw. für Art. 91 I BayVerf.

Er interpretiert den Anspruch auf rechtliches Gehör historisch-genetisch ¹⁾ und meint, daß der bayrische Verfassungsgeber in dem Art. 103 I GG entsprechenden Art. 91 I BayVerf lediglich die Rechtsgrundsätze, wie sie "auf allen Gebieten des Rechts Geltung gewonnen haben und von der Rechtsprechung immer anerkannt worden sind" ²⁾, in die Verfassung übernehmen wollte. Diese Ansicht kann den Inhalt des rechtlichen Gehörs nur in der Ausformung, die er in den Prozeßgesetzen erfahren hat, erblicken. Damit kommt aber Art. 103 I GG keine eigenständige Bedeutung zu ³⁾.

Der vom Bayrischen Verfassungsgerichtshof vertretenen Ansicht kann nicht gefolgt werden. Einmal ist nämlich eine objektive Auslegung eines Verfassungssatzes, als einer vom Willen des Verfassungsgebers losgelösten selbständigen Norm, der subjektiven Interpretation des Bayrischen Verfassungsgerichtshofs vorzuziehen, da sie die Einbeziehung der Verfassungswirklichkeit bei der Auslegung einer Norm erlaubt. Zum anderen wird bestritten, daß der Verfassungsgeber nur das rechtliche Gehör in seiner vorkonstitutionellen Form und mit der damaligen Zielsetzung in die Verfassung übernehmen wollte. Mit seiner grundgesetzlichen Normierung er-

1) Insbesondere in NJW 59, 285; NJW 62, 531; abweichend allerdings in NJW 63, 707 ff, soweit der "Grundsatz" und die "näherregelnden Prozeßnormen" als nebeneinanderstehend betrachtet werden.

2) BayVerfGH, NJW 59, 285; BayVerfGHE 4, 21 (28) formuliert: Die prozeßrechtlichen Einschränkungen des Anwendungsbereichs des Grundsatzes vom rechtlichen Gehör "sind auch für den Umfang des verfassungsmäßigen Rechts auf Gehör maßgebend, da der Verfassungsgeber ersichtlich in Art. 91 BayVerf keine neues Recht begründen, sondern an ein bereits bestehendes prozessuales Recht anknüpfen und dieses zum Rang eines verfassungsmäßigen Rechts erheben wollte". Ebenso BayVerfGHE 5, 30 (39/40) als obiter dictum; 9, 123 (126); 11, 90 ff. Dem schließt sich KG, NJW 54, 1410 an.

3) Im übrigen übernimmt der Bayrische Verfassungsgerichtshof hinsichtlich des Inhalts von Art. 103 I GG kritiklos die negative Formulierung des Bundesverfassungsgerichts. Vgl. BayVerfGHE 3, 84 (89); 10, 1 (3); 13, 24 (25); 13, 191; NJW 62, 531; NJW 63, 707 ff.

fuhr das Recht auf Anhörung - wie noch näher darzulegen sein wird - nach dem Willen der Verfassungsgeber vielmehr einen entscheidenden Wesenswandel. Der Anspruch auf rechtliches Gehör sollte vom Hilfsmittel zur Erforschung der Wahrheit in der Hand des Richters zum wichtigsten Mittel der Einflußnahmemöglichkeit auf die gerichtliche Entscheidung für die Verfahrensbeteiligten umgestaltet werden, um eine Wiederholung der teilweise unerfreulichen Gerichtspraxis im Dritten Reich, die Verfahrensbeteiligten mit ihren Ansichten einfach zu übergehen, zu verhindern. Der Bereich und Wirkungsgrad des Anspruchs auf rechtliches Gehör wurde damit erheblich erweitert. Sein Inhalt besteht heute nicht nur in einer Mindestgarantie nach Umfang und Art, wie dies die Verfahrensgesetze regeln. Würde man nämlich den Anspruch auf rechtliches Gehör nur nach Maßgabe des einschlägigen Prozeßrechts gewähren, so würde die Verfassungsnorm des Art. 103 I GG der Disposition des Gesetzgebers unterstellt und damit bedeutungslos ¹⁾.

ZWEITER ABSCHNITT

EIGENER INTERPRETATIONSVERSUCH DES ART. 103 I GG

Eine Auslegung des Grundsatzes vom rechtlichen Gehör hat am Wortlaut des Art. 103 I GG anzusetzen (wörtliche Interpretation), seine überkommene Bedeutung zu würdigen (historische Interpretation), den Willen des Verfassungsgebers zu erforschen (genetische Interpretation), seine Stellung innerhalb des Gesamtbilds der Verfassung zu berücksichtigen (systematische Interpretation) und seinen Sinn und Zweck zu ergründen (teleologische Interpretation). Aus der Gesamtschau dieser Auslegungsmomente muß sich das Wesen und der Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör herausbilden und feste allgemeine Umrisse annehmen, so daß es möglich ist, den Grundsatz im Einzelfall eindeutig zu konkretisieren.

I. WÖRTLICHE INTERPRETATION DES ART. 103 I GG

Lediglich grobe Anhaltspunkte für die Auslegung des Art. 103 I GG ergibt dessen wörtliche Interpretation. Immerhin läßt sich aber zu den Begriffen "vor Gericht" und "Anspruch auf rechtliches Gehör" folgendes sagen.

1) Hierauf weist besonders Heiss, NJW 61, 1094 (1095) hin.

1. Der Begriff "vor Gericht"

Bezugspunkt für die Gewährung rechtlichen Gehörs ist nach Art. 103 I GG das Gericht. Das bedeutet, daß Art. 103 I GG institutionell auf ein bestimmtes Organ bezogen ist - nämlich auf das Gericht. Unter diesen Begriff fällt nach dem Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung jede Einrichtung, die den Namen Gericht führt und über Streitigkeiten entscheidet.

Negativ ausgedrückt folgt daher aus der wörtlichen Interpretation des Begriffs "vor Gericht", daß im Verwaltungsverfahren aufgrund des Art. 103 I GG rechtliches Gehör nicht gewährt werden muß,¹⁾ Ob jedoch eine Pflicht zur Anhörung des Betroffenen durch die Verwaltungsbehörden aus dem Rechtsstaatsprinzip und aus der Achtung der Menschenwürde folgt, ist eine andere Frage²⁾, die hier nicht zu erörtern ist. Ebenso wenig wie die Verwaltungsbehörden³⁾ sind andere Institutionen als die Gerichte, selbst wenn sie quasi-richterliche Aufgaben wahrnehmen, aufgrund Art. 103 I GG verpflichtet, rechtliches Gehör zu gewähren⁴⁾. Denn der klare Wortlaut des Art. 103 I GG verlangt nur in Gerichtsverfahren die Einräumung einer einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung für die Beteiligten.

Die wörtliche Interpretation des Begriffs "vor Gericht" ergibt außerdem, daß ein Gerichtsverfahren eingeleitet worden sein muß, bevor von einer Gewährung rechtlichen Gehörs überhaupt gesprochen werden kann. Denn der Begriff "vor Gericht"

1) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 11, 36 und 84 (unter Hinweis auf das Recht und die Pflicht der Verwaltung zum ersten gefahrenabwehrenden Eingriff); Arndt, NJW 59, 1297; Baur, AcP 153, 393 ff; Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 57; Dehler, SJZ 49, 212 (215); BayVerfGHE 1, 34 (38); 13, 80 (88). Wenn Röhl, NJW 58, 1268 und v. Winterfeld, NJW 61, 849 ff mit Hilfe einer Vorauswirkung des Gerichtsverfahrens auf das behördliche Verfahren einen Anspruch auf rechtliches Gehör konstruieren, so ist dies abzulehnen; denn Rechtsprechung und Verwaltung sind verschieden struktuiert und haben verschiedene Aufgaben. Eine Verbindung beider staatlicher Funktionen im Weg einer Vorauswirkung ist nicht möglich.

2) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 92; Heinzmann S. 22 ff leitet einen Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren aus Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG ab; Schultze-Rhonhof S. 31 ff aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, und zwar aus dem "Grundsatz der Interessenkenntnis".

3) Hinsichtlich der Polizei vgl. OLG Celle, NJW 63, 1320 und Arndt, NJW 61, 1734, der allerdings auch die Frage anschnidet, ob nicht aus dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit folge, daß Polizei und Staatsanwaltschaft für die Gewährung rechtlichen Gehörs zu sorgen hätten.

4) Etwa der Bundestag oder die Landtage bei Immunitätsverfahren; oder in Verfahren vor parlamentarischen Untersuchungsausschüssen (so BayVerfGHE 5, 216 (219); Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 84; Röhl, NJW 58, 1268 und Hamann, AnwBl 58, 141 ff).

setzt inhaltlich voraus, daß ein Gericht mit einem bestimmten Fall bereits befaßt ist. Mithin kann Art. 103 I GG kein Recht auf Einleitung eines Gerichtsverfahrens - also keinen Justizgewährungsanspruch ¹⁾ - sondern nur die Wahrnehmung eines Rechts innerhalb eines Verfahrens umfassen ²⁾. Infolge dieser genauen Lokalisierung seines Anwendungsgebiets wird Art. 103 I GG überspannt, wenn in ihm die institutionelle Garantie der unabhängigen Rechtsanwaltschaft und die Freiheit in der Wahl des Rechtsanwalts gesehen wird ³⁾. Das gleiche gilt für die Behauptung, daß Art. 103 I GG über eine spezielle gesetzliche Regelung hinaus einen Anspruch auf ein weiteres Rechtsmittel ⁴⁾ oder auf eine bestimmte Verfahrensart gewähre ⁵⁾.

1) Wie Baur, AcP 153, 393 ff und Eb. Schmidt I Rdn. 96 meinen. (im einzelnen s. o. 1. Abschn. II 4 a).

2) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 88.

3) So jedoch Arndt, NJW 59, 6 und 59, 1297.

4) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 89; Röhl, NJW 58, 1268; Löwe S. 456; Hildegard Krüger, DÖV 62, 744; KMR § 308 Nr. 3 a; Peters, JZ 53, 641; Parsch, NJW 60, 63.

Löwe S. 56 formuliert zutreffend: "Das rechtliche Gehör erscheint nicht mehr als Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten der erkennenden Instanz, sondern als ein Anspruch gegen den Staat auf Eröffnung einer neuen Instanz."

BVerfGE 1, 433 (437); BGHZ, NJW 57, 713; BayObLGSt 55, 1; (NJW 55, 474); OLG Schleswig, SchlHA 54, 210; OLG Hamm, VRS 55, 135; OLG Düsseldorf, JMBlnRW 54, 166; OLG Hamburg, JR 55, 233; OLG Celle, NdsRpfl 56, 170; OLG Köln MDR 57, 54; OLG Neustadt, NJW 60, 257; OLG Frankfurt, NJW 60, 736; OLG Braunschweig, NJW 62, 753 (zulässig soll eine Abänderung durch das entscheidende Gericht selbst sein); ebenso zuletzt OLG Bremen, NJW 63, 1321 und Schwarz-Kleinknecht, § 310 Nr. 1; desgleichen §§ 33 a, 311 III und 311 a nach dem Vorschlag des Rechtsausschusses, sowie §§ 310 a und 311 III des Regierungsentwurfs.

A. A., vorwiegend zur Frage, ob bei einem Verstoß gegen Art. 103 I GG über § 310 StPO hinaus eine weitere Beschwerde zulässig ist Eb. Schmidt II § 310 Rdn. 2 und JZ 59, 31; Graf S. 50; OLG Braunschweig, NJW 53, 236; OLG Celle, NdsRpfl 54, 188; OLG Koblenz, JZ 59, 31; OLG Stuttgart, NJW 59, 2080; OLG Hamburg, MDR 63, 778 und neuerdings Jagusch, NJW 62, 1645 ff mit der Begründung, eine Grundrechtsverletzung "im eigenen Haus" beheben zu können. Entsprechendes gilt für eine Anfechtungsmöglichkeit über §§ 276 Abs. 2 und 707 II ZPO hinaus. Dunz, NJW 62, 814 und OLG Frankfurt, NJW 62, 449 halten dies für zulässig.

5) BVerfGE 6, 19 (20); Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 90; Röhl, NJW 58, 1268.

A. A. offenbar Arndt, NJW 62, 1660 (1661 ff) bezügl. der Zulassung einer Entscheidung in Beschlußform für den Fall der Grundsatzrevision.

Denn eine gerechte Entscheidung kann nur dann in einem Gerichtsverfahren herbeigeführt werden, wenn sich der Gang des Verfahrens in dem von der Prozeßordnung gesetzten fest umrissenen Rahmen hält. Erweiterungen dieser Grenzen würden zu einer unkontrollierbaren Überwucherung eines geordneten Prozeßverlaufs und zu Rechtsunsicherheit führen. Unter keinen Umständen läßt sich dies mit einem Hinweis auf Art. 103 I GG rechtfertigen. Denn der Begriff "vor Gericht" zeigt, daß Art. 103 I GG ein Gerichtsverfahren voraussetzt und ungeeignet ist, selbständig die Einleitung eines neuen Verfahrens herbeizuführen.

2. Der Begriff "Anspruch auf rechtliches Gehör"

Aus der wörtlichen Interpretation des Art. 103 I GG folgt, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör seine Wirkung nach zwei Richtungen hin entfaltet. Die Gewährung eines Anspruchs begründet nämlich im Normalfall auf der einen Seite Rechte und auf der anderen Seite korrelative Pflichten.

Nach Art. 103 I GG sind die Gerichte als Adressaten des Anspruchs verpflichtet, Vorgetragenes anzuhören. Da es sich bei dieser Anhörungspflicht um ein "rechtliches" Gehör handelt, müssen die anzuhörenden Ausführungen im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens gemacht werden und sich auf den Entscheidungsstoff beziehen. Daß mit dem Anhören nicht nur ein bloßes akustisches Hören, sondern die allseitige Entgegennahme von Ausführungen gemeint ist, folgt aus der Tatsache, daß der Begriff "Gehör" in Art. 103 I GG in einem weiten umfassenden Sinn gebraucht wird ¹⁾.

Den Anspruchsberechtigten gibt Art. 103 I GG einen Anspruch auf Ausübung eines Äußerungsrechts, da diese sich nur auf diese Weise Gehör verschaffen können. Die Verwirklichung dieses Rechts setzt begriffsnotwendig ein Tätigwerden der Berechtigten voraus. Das bedeutet, daß derjenige, der einen Anspruch nach Art. 103 I GG hat, nach Belieben den ihm gegebenen Anspruch auf Äußerung realisieren oder unverwertet lassen kann. Diese Möglichkeit besteht sowohl hinsichtlich der Ausübung des Anspruchs überhaupt, als auch bezüglich des Umfangs der Äußerung. Eine Einengung des Anspruchs auf bloße Verteidigung ergibt sich aus der Wortinterpretation des Art. 103 I GG nicht. Die allgemeine Fassung spricht vielmehr dafür, daß sich die Äußerung sowohl auf den Angriff als auch auf die Verteidigung beziehen darf und daß das umfassende Äußerungsrecht sowohl zu Tatsachen- als auch zu Rechtsausführungen berechtigt.

1) Heinzmann S. 54; Röhl, NJW 53, 1531. Bei einem stummen Angeklagten genügt daher auch ein Kopfnicken (vgl. BGHSt 13, 366).

3. Zusammenfassung

Die wörtliche Interpretation des Art. 103 I GG ergibt also, daß jedermann die Möglichkeit offenstehen muß, vor Gericht sachdienliche Ausführungen zu machen und daß das entscheidende Gericht verpflichtet ist, diese Ausführungen - sofern sie gemacht werden - zur Kenntnis zu nehmen. Mehr kann mit Hilfe einer Wortinterpretation zum Inhalt des Art. 103 I GG nicht gesagt werden, insbesondere nicht, wann und wie dem Betroffenen Gelegenheit gegeben werden muß, von seinem Recht Gebrauch zu machen.

II. HISTORISCHE INTERPRETATION DES ART. 103 I GG

Es ist zu untersuchen, ob mit Hilfe einer historischen Interpretation des Art. 103 I GG Inhalt und Bedeutung des Anspruchs auf rechtliches Gehör näher bestimmt werden können.

1. Die Regelung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in Vergangenheit und Gegenwart

Die Aufnahme des Anspruchs auf rechtliches Gehör in die Verfassung ist neu. Einen Vorläufer in Verfassungsrang besitzt Art. 103 I GG lediglich in Art. 91 I der Bayerischen Verfassung vom 2. 12. 1946.¹⁾ Der Sache nach ist jedoch das rechtliche Gehör nicht neu.

Als essentieller Bestandteil des Zustandekommens einer formal gerechten Entscheidung kommt der Anspruch auf rechtliches Gehör schon in folgenden römisch- und deutschrechtlichen Rechtssprüchen vor:

"audiatur et altera pars" 2)

und

"Eyns mans redde ein halbe redde,
Man sal sie billig verhören bede" 3).

1) Übernational wird der Anspruch auf rechtliches Gehör in Art. 6 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950 und in Art. 10 der Universal Declaration of Human Rights of the United Nations vom 10. 12. 1948 geregelt.

2) Geht angeblich auf Seneca ("Medea" 2, 2, 199) zurück;

"Qui statuit aliquid, parte inaudita altera,
Aequum licet statuerit, haud auquus fuit."

3) So in der Vorhalle des Römers zu Frankfurt.

Kaiser Lothar wird folgendes Wort nachgesagt:

"Mit Urteil sprechen gar nicht eile,

Bis auf die heutige Zeit blieb dieser Grundsatz, geschrieben oder ungeschrieben, als Eckpfeiler eines geordneten Gerichtsverfahrens erhalten ¹⁾.

Die geltenden Verfahrensgesetze regelten das Äußerungsrecht der Verfahrensbeeteiligten in Einzelbestimmungen auch schon bevor Art. 103 I GG in Kraft trat. Dabei stellten besonders die Strafprozeßordnung ²⁾, aber auch andere Verfahrensgesetze ³⁾ bei der Art und dem Umfang der Gewährung des rechtlichen Gehörs auf die Besonderheiten der jeweiligen Verfahrensarten ab; sei es, daß vorgeschrieben war und ist, ob die Anhörung mündlich oder schriftlich zu geschehen hat ⁴⁾, sei es, daß geregelt war und ist, ob die Anhörung vor einer Entscheidung oder nur nachträglich zu gewähren ist ⁵⁾.

Seit Art. 103 I GG die Richtschnur für die Gewährung einer den Beteiligten zustehenden Einflußnahmemöglichkeit in einem Gerichtsverfahren darstellt, bemüht sich der Gesetzgeber, den Grundsatz des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch Einzelbestimmungen in den neuen Verfahrensgesetzen zu konkretisieren ⁶⁾ oder durch Änderung bestehender Gesetze dem Grundsatz durch Spezialregelungen Rechnung zu tragen ⁷⁾.

Fortsetzung der Fußnote 3 von Seite 32:

Bis du gehört hast beide Teile."

Zwei Inschriften auf einer Wandtafel in der Vorhalle des Rathauses in Bopfinger/Ipfer aus dem Jahr 1587 lauten:

"Urthl nit auf eins Mas Glag,

Her vor was der ander sag." und

"Eins Mans Red

Ein halben Red,

Man sols Bed

Hern."

Für weitere Beispiele vgl. Löwe S. 1.

1) Zu der wechselreichen Entwicklung dieses Grundsatzes vgl. im einzelnen die ausführliche Darstellung von Graf S. 8 bis 24.

2) Etwa in §§ 33, 114 b Abs. III 2, 128, 136 II, 201, 233 II, 257, 258, 326, 351 StPO.

3) Etwa in §§ 102 II 2, 118 a, 225 II, 387 I, 622 I, 670 I, 730, 844 II, 891, 1034 I, 1045 II ZPO; §§ 83, 105 I ArbGG;

4) § 201 StPO, §§ 891, 1045 II ZPO, § 83 ArbGG, wo schriftliche Anhörung fakultativ zulässig ist, im Gegensatz zu § 105 II ArbGG wo eine mündliche Anhörung obligatorisch ist.

5) §§ 114 b, 114 d StPO; §§ 226 III, 834 ZPO verbieten sogar eine Anhörung.

6) Etwa §§ 62 SGG, 108 Abs. 2 VwGO.

7) Etwa § 308 StPO.

2. Überkommene Bedeutung und Aufgabe des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Einzelregelungen des rechtlichen Gehörs in den Verfahrensordnungen waren vorwiegend darauf zugeschnitten, dem Gericht ein der Sachlage angemessenes wirksames Mittel bei seiner Ermittlungstätigkeit zu geben, um eine möglichst objektive Grundlage für die zu fällende Entscheidung zu erlangen. Mit Hilfe der Anhörung der Beteiligten sollte es dem Gericht möglich sein, die objektive Wahrheit zu finden ¹⁾. Verständlich wird dieser von der Gesetzesregelung verfolgte Zweck, wenn man die überkommene Idee vom Inquisitionsprozeß in die Überlegungen miteinbezieht. Danach sollte die Anhörung aller Prozeßbeteiligten durch das Gericht dazu dienen, das Mißtrauen, das gegen die Richtigkeit eines einseitigen Parteivorbringens gehegt wurde, mittels einer umfassenden gerichtlichen Ermittlung zu eliminieren. Die diesen Überlegungen zugrunde liegende Gerechtigkeitsidee führte freilich dazu, daß die Verfahrensbeteiligten durch die Pflicht des Gerichts zur Anhörung bei ihrer Rechtsverfolgung eher belastet als begünstigt wurden. Denn der Schwerpunkt des rechtlichen Gehörs liegt bei dieser Ansicht mehr bei der Anhörungspflicht des Gerichts als bei dem Äußerungsrecht der Verfahrensbeteiligten ²⁾.

Wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, darf bei der Interpretation des Art. 103 I GG nicht von dieser historischen Funktion des rechtlichen Gehörs ausgegangen werden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör erfuhr nämlich spätestens seit seiner verfassungsmäßigen Verankerung in Art. 103 I GG einen funktionellen Bedeutungswandel. Dieser ist dadurch bedingt, daß sich die Ausgestaltung des Verfahrensrechts parallel mit der weltanschaulich-politischen Einstellung zu dem Spannungsverhältnis zwischen Gesamtheit und Individuum ständig ändert. Während der Staatsabsolutismus des 17. und 18. Jahrhunderts ebenso wie der totalitäre Polizeistaat des 3. Reichs das Staatsinteresse an der Wahrheitsfindung dadurch bevorzugten, daß die Gewaltunterworfenen zum Objekt der Inquisition gemacht wurden,

1) Ebenso Baur in AcP 153, 393 ff und JZ 57, 543, der zutreffend zwischen Anhörung i. S. der Wahrnehmung der Parteirechte und Anhörung bei der Ermittlungstätigkeit des Gerichts unterscheidet. Desgleichen Arndt, NJW 59, 6 und Löwe S. 37 ff.

OLG Köln, NJW 61, 609 ff und OLG Stuttgart, NJW 63, 1161 weisen ausdrücklich darauf hin, daß § 12 FGG die Anhörung der Beteiligten zur Erforschung des Sachverhalts vorsieht, daß darüber hinaus aber auch die Gewährung rechtlichen Gehörs erforderlich ist.

2) Vgl. Graf, S. 8 und 9 für die im germanischen Gerichtsverfahren typische Äußerungspflicht der Parteien, oder S. 15 für die gleiche Regelung in der brandenburgisch-preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung v. 1795. Ebenso Schultze-Rhonhof S. 7 ff.

steht im liberalen Staat der autonom gedachte, mit Freiheitsrechten ausgestattete Einzelne im Mittelpunkt des Verfahrens. Mithin mußte sich der Konflikt zwischen dem staatlichen Interesse an der Wahrheitsfindung einerseits und der Wahrung der persönlichen Freiheit des Betroffenen andererseits in einer Wandlung des Beschuldigten vom wehrlosen Untersuchungsobjekt zum einflußnahmebefugten Subjekt im Gerichtsverfahren niederschlagen ¹⁾. Sichtbaren Ausdruck fand diese Wandlung u. a. insbesondere in der Bedeutung und Ausgestaltung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

Zusammenfassend ergibt die historische Interpretation des Anspruchs auf rechtliches Gehör, daß die Art und der Umfang der Gewährung eines Einflußnahmerechts nicht losgelöst werden kann von den das jeweilige Verfahren beherrschenden Prozeßgrundsätzen.

III. GENETISCHE INTERPRETATION DES ART. 103 I GG

Ob und inwieweit sich der überkommene Zweck des rechtlichen Gehörs - dem Gericht die objektive Wahrheitsfindung zu ermöglichen - geändert hat, soll durch die genetische Interpretation des Art. 103 I GG geklärt werden. ²⁾

1. Versagung des rechtlichen Gehörs im Dritten Reich

Die Erfahrung der nationalsozialistischen Zeit zeigte, daß sich gerichtliche Verfahren für die Zwecke einer despotischen Staatsmacht mißbrauchen lassen. Um eine Kaschierung des Unrechts mittels äußerlich ordnungsgemäßer Verfahren zu verhindern ³⁾, hielten es der Herrenchiemseer Konvent und der Parlamentarische Rat für angebracht, u. a. den für einen Rechtsstaat selbstverständlichen Anspruch auf rechtliches Gehör verfassungsrechtlich zu normieren ⁴⁾. Der Grund für dieses

1) Vgl. Henkel S. 98 bis 100 und S. 219; Eb. Schmidt I Rdn. 90 und Kern S. 116.

2) Bei diesem Vorgehen wird nicht verkannt, daß für die Interpretation einer Verfassungsnorm der objektivierte Wille des Verfassungsgebers, wie er sich aus dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Norm ergibt, maßgebend ist (vgl. BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (130); BGHZ 33, 321 (330); 37, 58 (60). Die vorgenommene Untersuchung hat daher nur eine klärende und ergänzende Aufgabe.

3) Baur, AcP 153, 393 ff; Röhl, NJW 53, 1531.

4) Art. 135 I Ch.E. Der Rechtspflegeausschuß des Parlamentarischen Rats befaßte sich in seiner 7. und 8. Sitzung am 6./7. 12. 1948 nur kurz mit dem rechtlichen Gehör, ohne den Chiemseer Entwurf zu ändern (JÖR 1, 741 ff). Ein Antrag des Abg. Dr. Strauß auf Streichung des überflüssigen Art. 135 I ChE wurde abgelehnt. Genauerer läßt sich den vorhandenen Quellen nicht entnehmen.

Vorgehen lag in der mißlichen, häufig vorkommenden Gerichtspraxis des Dritten Reichs, Entscheidungen nicht auf einer objektiv erforschten Tatsachengrundlage aufzubauen, sondern politisch erwünschte Ergebnisse hervorzubringen. In solchen Fällen war die Anhörung der Betroffenen nicht nur überflüssig, sondern sogar unerwünscht. Ein unter politischen Aspekten gefundener Sachverhalt wurde als wahr unterstellt. Den Beteiligten wurde untersagt, dazu Stellung zu nehmen, um zu verhindern, daß die objektive Wahrheit bekannt werden konnte. Der Prozeßbeteiligte wurde allzu häufig zum Objekt einer politisch beeinflussten Rechtsprechung degradiert ¹⁾.

2. Die Absicht des Verfassungsgebers bei Schaffung des Art. 103 I GG

Der Mißbrauch richterlicher Macht sollte nach dem Willen des Verfassungsgebers durch ein wirksames Gegenmittel verhindert werden. Dazu bot sich der Anspruch auf rechtliches Gehör an.

Je weniger Wert der Richter auf die Ausübung seiner Anhörungspflicht legt, umso bedeutsamer wird das natürliche Bestreben der Prozeßbeteiligten, von ihrem Äußerungsrecht Gebrauch zu machen. Sei es, daß sie damit die Aufgabe des Richters, die Wahrheit zu erforschen, selbst wahrnehmen wollen, sei es, daß sie ihr Äußerungsrecht dazu verwenden, eine ihnen möglichst günstige Entscheidung herbeizuführen. Diesen Vorgang konnte der Verfassungsgeber durch eine Akzentverschiebung im Rahmen der Gewährung rechtlichen Gehörs in seinem Sinn ausnutzen. Der Schwerpunkt wurde von der Anhörungspflicht des Gerichts auf das Äußerungsrecht des Betroffenen verlegt. Eine andere Deutung des Willens des Verfassungsgebers lassen die vorhandenen spärlichen Quellen ²⁾ nicht zu. Die dadurch geschaffene Einflußnahmemöglichkeit bezog sich nicht nur auf die Verteidigung, sondern eröffnete auch die Möglichkeit, durch Angriffsmittel den Prozeßgang unmittelbar mitzubestimmen. Auf diese Weise konnte der Richter zur Beachtung neuer, von ihm bisher bewußt oder unbewußt unberücksichtigt gelassener Umstände gezwungen werden. Damit sollte verhindert werden, daß der Betroffene zum wehrlosen Objekt des Verfahrens gemacht wird. Eine Verschleierung des Unrechts durch einen äußerlich ordnungsmäßigen Prozeßgang wurde damit unmöglich gemacht.

1) Vgl. Henkel S. 99 und Eb. Schmidt I Rdn. 277.

Freisler S. 9 formulierte diese Bestrebungen bereits 1935 folgendermaßen:
 "Man wird ... die Bedeutung des Angeklagten für die Wahrheitsermittlung im Hauptverfahren nicht unter seiner Betrachtung als Mitwirkender, Subjekt, sondern als Objekt des Verfahrens würdigen und demgemäß seine Stellung gesetzlich festlegen müssen."

2) Vgl. Anm. 4 zu 1 oben.

3. Das Verhältnis des Art. 103 I GG zu den Verfahrensregelungen

Nach dem mutmaßlichen Willen des Verfassungsgebers sollte durch die verfassungsrechtliche Ausformung des Anspruchs auf rechtliches Gehör verhindert werden, daß die verfahrensgesetzlich ausgeprägten Einzelregelungen durch Übergehung oder Änderung der Prozeßgesetze negiert werden können, ohne daß sich der Verfahrensbeteiligte dagegen wehren könnte. Diese Überlegung setzt die Vorstellung voraus, daß die bestehenden Verfahrensregelungen für verfassungsmäßig gehalten werden. Das bedeutet, daß Art. 103 I GG innerhalb des vorkonstitutionellen Gesamtbilds des Prozeßrechts steht und seine Interpretation nicht unabhängig von der jeweiligen Verfahrensart mit ihren besonderen Zwecken vorgenommen werden darf. Art. 103 I GG sollte deshalb nach dem Willen des Verfassungsgebers nicht das ausgewogene Verfahrensgefüge einer Prozeßart sprengen. Vielmehr sollte der Anspruch auf rechtliches Gehör die verfahrensgemäße Ausübung der Äußerungsbefugnis des Betroffenen gewährleisten.

Art. 103 I GG sollte nach dem mutmaßlichen Willen des Verfassungsgebers aber nicht nur den bestehenden Verfahrensregelungen verfassungsrechtlichen Schutz gewähren, sondern auch den Gesetzgeber verpflichten, das rechtliche Gehör in alten und neuen Verfahrensgesetzen den neuen Vorstellungen entsprechend ausreichend zu regeln¹⁾. Sollte trotz dieser Aufforderung das rechtliche Gehör in Einzelfällen nicht, oder nicht ausreichend gewährt werden, so sollte anstelle der fehlenden Verfahrensgesetze Art. 103 I GG als eine für den Richter unmittelbar geltende objektive Verfahrensnorm treten.

4. Zusammenfassung

Die genetische Interpretation des Art. 103 I GG zeigt, daß der Verfassungsgeber dem Anspruch auf rechtliches Gehör unter Verwendung seiner alten äußeren Form einen neuen Inhalt geben wollte. Er legte dem Art. 103 I GG unter Verwendung und Heranziehung der bisherigen Einzelregelungen einen bestimmten Sinn und Zweck bei. Dieser im Rahmen der teleologischen Interpretation noch näher zu bestimmende Zweck des Art. 103 I GG bewirkte, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör eine Akzentverschiebung in der Richtung erfuhr, daß den Verfahrensbeteiligten ein Äußerungsrecht eingeräumt werden sollte. Dabei ging der Verfassungsgeber davon aus, daß durch die Gewährung eines derartig gestalteten Anspruchs auf rechtliches Gehör die mit den einzelnen Verfahrensregelungen verfolgten Zwecke nicht eliminiert werden sollten.

1) Dies führte besonders bei den Beratungen zum Strafprozeßänderungsgesetz zu verschiedenen Reformvorschlägen (vgl. v. Winterfeld, NJW 61, 849) und etwa zur Neufassung der §§ 308 StPO und 126 III ZPO.

IV. SYSTEMATISCHE INTERPRETATION DES ART. 103 I GG

Die systematische Interpretation des Art. 103 I GG hat von der Stellung des Grundsatzes innerhalb des Grundgesetzes auszugehen. Die Begriffe "vor Gericht" und "Anspruch auf rechtliches Gehör" erfahren dadurch eine weitere Klärung und schärfere Abgrenzung als dies die bisher erörterten Interpretationsmethoden zuließen.

1. Der Begriff "vor Gericht"

Da Art. 103 I GG im IX Abschnitt des Grundgesetzes, also innerhalb des Abschnitts "Rechtsprechung" steht, ist davon auszugehen, daß unter Gericht nur diejenigen Einrichtungen zu verstehen sind, die unter den Art. 92 ff GG genannt sind, bzw. die die dort aufgeführten Voraussetzungen erfüllen. Das bedeutet, daß die systematische Interpretation des Art. 103 I GG eine Einschränkung der nach der wörtlichen Interpretation unter den Begriff "vor Gericht" fallenden Einrichtungen in der Richtung mit sich bringt, daß rechtliches Gehör nur vor solchen staatlichen Behörden zu gewähren ist, deren Amtsträger persönliche und sachliche Unabhängigkeit besitzen, also staatliche Gerichte sind ¹⁾.

Negativ ausgedrückt folgt daher aus der systematischen Interpretation des Begriffs "vor Gericht", daß nichtstaatliche Gerichte im Rahmen ihrer Tätigkeit nicht verpflichtet sind, rechtliches Gehör nach Art. 103 I GG zu gewähren ²⁾. So dürfen z.B. Vereins-, Ehren-, Verbands- und akademische Disziplinargerichte, sowie Schiedsgutachter ³⁾ u. a. bei ihrer Spruchtätigkeit den Betroffenen rechtliches Gehör versagen, ohne dadurch jedenfalls gegen Art. 103 I GG zu verstoßen ⁴⁾.

1) Ebenso Maunz-Dürig a. a. O., Rdn. 84; Röhl, NJW 53, 1531; Hamann, AnwBl 58, 141 ff; Baur, AcP 153, 393 ff; Schultze-Rhondorf S. 24 bis 30.

Verfehlt ist, wenn angenommen wird, daß sich die Gerichtsqualität einer Behörde daran entscheide, ob verfahrensgesetzlich die Gewährung rechtlichen Gehörs vorgeschrieben ist (so jedoch Wolff, MDR 51, 67 und BGHSt 13, 102 (107). Erst dann, wenn feststeht, daß ein Verfahren "vor Gericht" stattfindet, erhebt sich nämlich die Frage nach der Gewährung rechtlichen Gehörs i. S. v. Art. 103 I GG.

2) Vgl. Maunz-Dürig a. a. O., Rdn. 84 ff und Hamann, AnwBl 58, 141 ff.

BayVerfGHE 4, 150 (178) bzgl. der Berufs- und Landesberufsgerichte.

Ob allerdings in diesen Fällen rechtliches Gehör aufgrund anderer Grundsätze zu gewähren ist, ist eine andere Frage (s. BayVerfGHE 13, 80 (88)).

3) Vgl. BGHZ, MDR 63, 498.

4) Um einen Sonderfall handelt es sich bei den kirchlichen Gerichten. Obwohl sie keine staatlichen Gerichte sind, ist für sie wohl Art. 103 I GG über Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 III WRV unmittelbar geltendes Recht.

2. Art. 103 I GG als Prozeßgrundrecht im Rahmen des Gesamtbilds der grundrechtlichen Ordnung

Zu den Prozeßgrundrechten der Art. 101 ff GG gehört auch der Anspruch auf rechtliches Gehör. Da die Prozeßgrundrechte der verfassungsrechtlichen Sicherung bestimmter, rechtsstaatlich selbstverständlicher Prozeßgrundsätze dienen und damit an die überkommene verfahrensrechtliche Ausgestaltung dieser Grundsätze anknüpfen, bedeutet das für die Auslegung des Art. 103 I GG, daß durch die Gewährung rechtlichen Gehörs das ausgewogene Verfahrensgefüge einzelner Prozeßarten nicht durchkreuzt werden darf. Vielmehr muß bei der Interpretation des Art. 103 I GG der Verfahrenszweck der jeweiligen Verfahrensart, in der der Anspruch auf rechtliches Gehör gewährt werden soll, mitberücksichtigt werden. Die Ausgestaltung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im einzelnen kann daher durchaus verschieden sein.

Andererseits darf Art. 103 I GG nicht losgelöst von dem Gesamtbild der grundrechtlichen Ordnung interpretiert werden. Das bedeutet, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör seinen letzten Standort in der Menschenwürde hat und Teil des Rechtsstaatsprinzips ist ¹⁾. Diese Beziehungen vermögen jedoch nur klarzustellen, daß Art. 103 I GG so interpretiert werden muß, daß das Gebot von der Achtung der Menschenwürde und der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit beachtet wird ²⁾. Für die Bestimmung von Inhalt und Umfang des Art. 103 I GG ist damit jedoch nichts gewonnen.

V. TELEOLOGISCHE INTERPRETATION DES ART. 103 I GG

Über Sinn und Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör hat die teleologische Interpretation des Art. 103 I GG Aufschluß zu geben. Wenn dieser Punkt geklärt ist, kann untersucht werden, welchen Inhalt und Umfang Art. 103 I GG besitzt. Ausgehend von dem von Art. 103 I GG verfolgten Zweck ist also die inhaltliche Bestimmung der Begriffe "vor Gericht", "jedermann" und "Anspruch auf rechtliches Gehör" vorzunehmen.

1. Sinn und Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Nach dem mutmaßlichen Willen des Verfassungsgebers sollte das Äußerungsrecht der Verfahrensbeteiligten im Rahmen der Gewährung rechtlichen Gehörs betont werden, um auf diese Weise den Beteiligten dazu beitragen zu lassen, daß eine nicht nur formal richtig erscheinende, sondern auch material gerechte Gerichts-

1) In diesem Sinn sind wohl BayVerfGHE 4, 21 (28) und Wintrich S. 17 ff zu verstehen.

2) Zu der weitergehenden Auffassung s. o. 1. Abschnitt II 1 a.

entscheidung zustande kommt. Mit der Eröffnung eines derartigen Äußerungsrechts können die Beteiligten jedoch nicht nur auf das von dem Verfassungsgeber angestrebte Ziel hinwirken, sondern auch versuchen, in ihrem Interesse auf den Prozeßverlauf Einfluß zu nehmen und auf diese Weise eine formal richtige, aber in Wirklichkeit ihren Interessen dienende, material ungerechte Entscheidung herbeizuführen. Die Möglichkeiten, die der Verfassungsgeber den Verfahrensbeteiligten einräumte, gehen also weiter, als sie zur Erreichung des angestrebten Ziels unbedingt erforderlich sind. Sie geben den Verfahrensbeteiligten zwar die Möglichkeit, dem Willen des Verfassungsgebers entsprechend darauf hinzuwirken, daß das Gericht eine ungerechte, zu ihren Lasten gehende Entscheidung im Gewand eines ordnungsgemäßen Verfahrens nicht fällt, aber ebenso die Gelegenheit, auf eine zwar justizförmig richtige, aber material ungerechte, jedoch zu ihrem Vorteil ergehende Entscheidung hinzuarbeiten. Von dieser Gegebenheit hat daher die Suche nach dem Sinn und Zweck des Art. 103 I GG auszugehen. Im Wege einer objektiven Interpretationsmethode ist der Verfassungswirklichkeit Rechnung zu tragen.

a) Art. 103 I GG und die Wahrheitsermittlung

Daß die Gewährung rechtlichen Gehörs auch heute noch der Wahrheitsermittlung - und zwar insbesondere wegen der selbständigen Anhörungspflicht des Gerichts - dienen kann und soll, wird nicht in Frage gestellt. Wegen der durch das Äußerungsrecht der Beteiligten bedingten Möglichkeit, in den Prozeßgang auch bewußt und zwar legitim ¹⁾ die Unwahrheit zum Zweck der Herbeiführung einer justizförmig richtigen, dem Interesse des Betroffenen dienenden Entscheidung einzuführen, kann jedoch die Ermittlung der objektiven Wahrheit nicht mehr als Hauptzweck des Art. 103 I GG angesehen werden. Er tritt vielmehr hinter anderen Zwecken zurück und kann bei der Interpretation des Anspruchs auf rechtliches Gehör nur noch eine untergeordnete Rolle spielen. Denn die Möglichkeiten, die den Betroffenen mit der Gewährung rechtlichen Gehörs eingeräumt werden, können der Ermittlung der objektiven Wahrheit entgegenstehen und sie völlig verdrängen.

Es ist daher festzustellen, daß das rechtliche Gehör i. S. von Art. 103 I GG in seiner Hauptfunktion nicht mehr dem Gericht zur Erforschung der objektiven Wahrheit dient ²⁾.

1) Etwa dadurch, daß der Angeklagte lügt und einen Freispruch mangels Beweises erlangt, oder daß durch Bestreiten ein Zivilprozeß mit Hilfe der Beweislastregelung gewonnen wird.

2) Siehe auch oben II 2.

Diese Änderung schlägt sich auch in der sprachlichen Verschiedenheit von "Anhörung" (so in den Verfahrensvorschriften) und "Gehör" nieder.

Wie hier: Baur, AcP 153, 393 ff; Jagusch, NJW 62, 1645; Schwarz-Klein-knecht, Einl. 1 Fa.

b) Art. 103 I GG und die einflußnahmeberechtigende Subjektstellung der Verfahrensbeteiligten

Die Tatsache, daß die Verfahrensbeteiligten mittels ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör auf den Ausgang eines Verfahrens zu ihren Gunsten maßgeblichen Einfluß nehmen können, nötigt zwangsläufig zu der Annahme, daß Art. 103 I GG den Zweck verfolgt, den Verfahrensbeteiligten innerhalb des Verfahrens eine wichtige Stellung einzuräumen. Der Grund dafür liegt in allgemeinen rechtsstaatlichen Erwägungen, sowie in dem Umstand, daß sich eine Gerichtsentscheidung in besonderer Weise zum Nachteil des Betroffenen auswirken kann.

Das Funktionieren eines freiheitlich demokratischen Rechtsstaats erfordert nämlich nicht nur, daß dem Bürger Grundrechte gewährt werden; es kommt vielmehr entscheidend darauf an, daß das Individuum die ihm gewährten materiellen Grundrechte auch gerichtlich durchsetzen kann. Deshalb muß der an einem Gerichtsverfahren Beteiligte eine einflußnahmeberechtigende Stellung erhalten, die ihm die Geltendmachung seiner ihm zustehenden materiellen Rechte erlaubt. Diese Stellung der Verfahrensbeteiligten wird durch Art. 103 I GG zu einer grundrechtsähnlichen Berechtigung ausgestaltet. Denn wenn einem Verfahrensbeteiligten der Anspruch auf rechtliches Gehör versagt wird, besitzt er das subjektive Recht, Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht zu erheben ¹⁾.

Der entscheidende Grund, warum den Verfahrensbeteiligten im Gerichtsverfahren ein einflußnahmeberechtigendes Äußerungsrecht gewährt wird, liegt jedoch in der Tatsache, daß gerichtliche Entscheidungen wegen ihrer Wirkung, Streitigkeiten autoritativ zu bereinigen, in die Rechtsstellung der Beteiligten nachhaltig und nachteilig eingreifen können. Um auszuschließen, daß eine Gerichtsentscheidung gefällt wird, ohne daß sich der Betroffene dagegen wirksam zur Wehr setzen kann, räumt daher Art. 103 I GG den Verfahrensbeteiligten eine Einflußnahmemöglichkeit im Gerichtsverfahren ein. Durch die Gewährung einer Subjektstellung soll verhindert werden, daß die Verfahrensbeteiligten zu einflußlosen Objekten eines Gerichtsverfahrens gemacht werden und von obrigkeitwegen über ihre Rechte entschieden wird ²⁾. Umgekehrt soll durch die Gewährung einer umfassenden Einflußnahmemöglichkeit erreicht werden, daß niemand mit einem anhaltenden Nachteil, welchen er unwiderruflich zu tragen hat, belegt wird, ohne sich dagegen auf wirksame Weise zur Wehr setzen zu können. Es wäre nämlich autoritär gedacht, wenn verlangt würde, ein Verfahrensbeteiligter müsse sich darauf verlassen, daß das Gericht selbst dann richtig und gerecht entscheiden werde,

1) Über § 90 BVerfGG

Der Anspruch auf rechtliches Gehör stellt also nicht nur einen Rechtsreflex dar (vgl. Heinzmann S. 11 und 12).

2) Vgl. die tiefgreifenden Ausführungen von Wintrich S. 17 ff.

wenn den Betroffenen kein Einflußnahmerecht zustehe ¹⁾. In einem demokratischen Rechtsstaat muß der von einer Entscheidung möglicherweise nachteilig Betroffene vielmehr berechtigt sein, an der Rechtsfindung mitzuarbeiten.

Dieses heute als selbstverständlich anerkannte Recht der Verfahrensbeteiligten wird von Art. 103 I GG als umfassende Einflußnahmemöglichkeit für die von einem Gerichtsverfahren Betroffenen normiert. Da Art. 103 I GG unmittelbar geltendes Recht ist, bindet Art. 103 I GG als eine objektive, in Verfassungsrang erhobene Verfahrensnorm ²⁾ die Gerichte auch dann, wenn verfahrensgesetzliche Einzelregelungen anders lauten sollten.

c) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der Sinn und Zweck des Art. 103 I GG darin besteht, den von einer gerichtlichen Entscheidung möglicherweise nachteilig und nachhaltig betroffenen Verfahrensbeteiligten eine umfassende einflußnahmeberechtigende Subjektstellung im Prozeß einzuräumen. Da Art. 103 I GG sowohl eine objektive in Verfassungsrang erhobene Verfahrensnorm, als auch ein subjektives Recht darstellt, besitzt Art. 103 I GG einen Doppelcharakter ³⁾.

2. Der Begriff "vor Gericht"

Die durch die wörtliche und systematische Interpretation gewonnene Abgrenzung des Bezugspunkts von Art. 103 I GG auf staatliche Gerichte erfährt durch die teleologische Interpretation eine Bestätigung und gleichzeitig eine abschließende Klärung.

a) Rechtsprechende und verwaltende Tätigkeit der Gerichte

Es fragt sich, ob den Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör in allen Verfahren vor staatlichen Gerichten zu gewähren ist, oder ob die teleologische Interpretation des Art. 103 I GG eine einengende Differenzierung auf die sogen. echte Rechtsprechung bedingt.

Teilweise wird angenommen, daß eine Einengung des aufgrund wörtlicher und systematischer Auslegung gefundenen Begriffs "vor Gericht" unzulässig sei ⁴⁾, da

1) In diese Richtung tendiert jedoch offenbar BayVerfGHE 4, 21 (28), wenn er meint, eine Anhörung könne entfallen, wo die tatsächlichen Grundlagen ohne weiteres offenliegen.

2) Schultze-Rhonhof S. 25 bezeichnet den Anspruch auf rechtliches Gehör als "staatsbezogenes Grundrecht". Es stelle nicht nur eine verfassungsrechtliche Verankerung des verfahrensgesetzlichen Grundsatzes auf rechtliches Gehör dar.

3) So Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 7 ff.

4) Baur, AcP 153, 393 ff und Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 85.

nach dem Willen des Verfassungsgebers rechtliches Gehör in weitestem Ausmaß ohne Rücksicht auf die dem Gericht übertragenen Funktionen gewährt werden müsse. Diese rein formale Begründung befriedigt jedoch nicht. Es ist vielmehr ein materiales Kriterium zur Auslegung des Begriffs "vor Gericht" heranzuziehen.

Arndt ¹⁾ geht bei der von ihm vorgenommenen teleologischen Interpretation des Begriffs "vor Gericht" von dem Zusammenhang zwischen rechtlichem Gehör und rechtsprechender Gewalt aus. Diesen an sich richtigen materialen Ansatzpunkt verläßt er aber wieder, wenn er anschließend - ohne dafür eine Erklärung zu geben - von der jeweilig ausgeübten Funktion des entscheidenden Gerichts her bestimmt, ob rechtliches Gehör gewährt werden muß oder nicht. Seiner Ansicht nach besteht nämlich bei echter Rechtsprechung ein Anspruch auf rechtliches Gehör, während bei Handlungen, die materiell der Verwaltung zuzuordnen sind, Art. 103 I GG nicht die Einräumung eines Einflußnahmerechts fordern soll. Da Arndt nicht begründet, welche Bedeutung diese Differenzierung gerade für die Gewährung einer den Verfahrensbeteiligten zustehenden einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung besitzt und auch nicht ersichtlich ist, welche Bedeutung sie besitzen könnte, kann ihm nicht gefolgt werden ²⁾.

b) Gerichtliche Entscheidungen mit beeinträchtigender Wirkung

Eine materiale Bestimmung des Begriffs "vor Gericht" hat von dem mittels teleologischer Auslegung gefundenen Sinn und Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör auszugehen. Mit dem Ort, in dem der Zweck des rechtlichen Gehörs verwirklicht werden soll, ist nämlich der Begriff "vor Gericht" identisch. Das bedeutet, daß der Zweck, der mit der Gewährung rechtlichen Gehörs erfüllt werden soll, auch die Stelle zu bestimmen hat, an dem es gewährt werden muß.

Da der Anspruch auf rechtliches Gehör den Verfahrensbeteiligten eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung mit dem Ziel eröffnet, die Gerichte daran zu hindern, nachhaltige Entscheidungen mit nachteiliger Wirkung für die Betroffenen zu fällen, ohne daß diese Gelegenheit hätten, sich dagegen zur Wehr setzen zu können, sind unter dem Begriff "vor Gericht" alle staatlichen Gerichte zu verstehen, die im konkreten Fall eine möglicherweise für einen Beteiligten nachteilige Entscheidung treffen können. Unmittelbar kann eine Entscheidung diese Folgen besitzen, wenn sie ein Verfahren teilweise oder ganz abschließt. Denn eine solche Entscheidung kann unmittelbar die materielle Rechtsstellung der Verfahrens-

1) In NJW 59, 1297; ebenso Kniestedt, MDR 60, 197 und 61, 25; Löwe S. 280 ff und wohl auch Dunz, NJW 62, 814 sowie DÖV 63, 107.

2) Mit Recht meinen daher Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 85 und Baur, AcP 153, 393 ff, daß es für die Frage, ob rechtliches Gehör gewährt werden muß, nicht auf eine Differenzierung nach den jeweiligen Aufgaben, die die Gerichte ausüben, ankommen kann.

beteiligten nachteilig berühren. Darüber hinaus handelt es sich aber auch um Entscheidungen "vor Gericht", wenn Maßnahmen getroffen werden, die zwar nicht unmittelbar eine nachhaltige und nachteilige Beeinträchtigung der materiellen Rechtsstellung des Betroffenen herbeiführen, aber doch im Zusammenhang mit einer derartigen Entscheidung stehen, weil sie die prozessuale Stellung der Verfahrensbeteiligten bei der Ausübung des ihnen zustehenden Einflußnahmerechts berühren können. Solche Entscheidungen werden "vor Gericht" getroffen, wenn über die Gewährung, den Umfang oder die Art eines prozessualen Mittels, das zur Einflußnahme auf den Ausgang des Prozesses durch die Verfahrensbeteiligten geeignet ist, vom Gericht befunden wird. In diesen Fällen verlangt nämlich der Sinn und Zweck des rechtlichen Gehörs eine Einflußnahmemöglichkeit durch die von der Entscheidung möglicherweise Betroffenen.

Ob ein Urteil, ein Beschluß oder eine Verfügung eine Entscheidung "vor Gericht" ist, entscheidet sich also letztlich daran, ob die ihr möglicherweise anhaftende Wirkung es notwendig macht, den Betroffenen bei ihrem Zustandekommen zur Wahrung seiner Interessen mitwirken zu lassen. Nur diese mit Hilfe einer teleologischen Interpretation gewonnene Ansicht läßt es zu, den Begriff "vor Gericht" material zu bestimmen.

Negativ ausgedrückt ergibt sich aus diesen Überlegungen, daß konstituierende Maßnahmen, wie etwa die Berufung eines Schwurgerichts und die Entscheidung im Rahmen der Justizverwaltung keine gerichtlichen Handlungen sind, die "vor Gericht" vorgenommen werden. Denn diese Maßnahmen werden - selbst wenn sie von unabhängigen Richtern vorgenommen werden - außerhalb der Entscheidung über einen konkreten Fall getroffen und können deshalb auf die Rechtsstellung eines Verfahrensbeteiligten nicht nachteilig einwirken¹⁾. Außerdem folgt aus der teleologischen Interpretation des Begriffs "vor Gericht", daß nicht auf die Funktion, die das Gericht ausübt - Rechtsprechung oder Verwaltung - sondern auf die Wirkung seiner Entscheidung auf die Rechtslage der Verfahrensbeteiligten abzustellen ist. Deshalb werden z.B. Entscheidungen im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit "vor Gericht" getroffen, wenn ihre Wirkung, gleichgültig ob sie streitentscheidenden oder fürsorgerischen Charakter besitzt, für den Betroffenen

1) Das Popularklageverfahren nach der BayVerf ist ein Verfahren "vor Gericht". Der Kläger besitzt nämlich eine parteiähnliche Stellung und kann deshalb durch die Entscheidung zumindest in seinen prozessualen Rechten beeinträchtigt werden. Außerdem ersetzt das Popularklageverfahren in Bayern die Verfassungsbeschwerde (vgl. BVerfG, NJW 62, 29 und Hildegard Krüger, DÖV 62, 744).

unmittelbar oder mittelbar nachteilig ist ¹⁾. Nach dem gleichen Kriterium ist auch die umstrittene Frage zu entscheiden, ob sitzungspolizeiliche Ordnungsstrafen Entscheidungen "vor Gericht" sind. Da sich derartige Maßnahmen für den Betroffenen in mehrfacher Hinsicht nachteilig auswirken und nach Erlangung der Rechtskraft nicht mehr aufgehoben werden können, handelt es sich um Entscheidungen "vor Gericht", bei deren Erlaß rechtliches Gehör zu gewähren ist ²⁾. Das Armenrechtsbewilligungsverfahren ist dagegen kein Verfahren "vor Gericht", da der Antragsgegner durch die Bewilligung des Armenrechts für den Antragsteller noch nicht in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt wird und im Fall der Ablehnung des Gesuchs in die prozessuale und materielle Rechtslage des Antragstellers noch nicht nachhaltig und nachteilig eingegriffen wird. Es findet deshalb Art. 103 I GG keine Anwendung ³⁾.

3. Der Begriff "jedermann"

Der Begriff "jedermann" i.S. von Art. 103 I GG darf ebensowenig wie der Ausdruck "vor Gericht" formal interpretiert werden. Der von ihm gemeinte Personenkreis als personaler Bezugspunkt des Anspruchs auf rechtliches Gehör muß sich vielmehr aus dem Sinn und Zweck, der dem Anspruch auf rechtliches Gehör inneohnt, erklären und begründen lassen. Denn die wörtliche Auslegung des Begriffs "jedermann" ist für die Bestimmung des aus Art. 103 I GG berechtigten Personenkreises wegen seiner völlig unbestimmten Weitläufigkeit ungeeignet.

1) Heute wird überwiegend anerkannt, daß im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit rechtliches Gehör ganz generell zu gewähren ist. Vgl. OLG Celle, NdsRpfl 61, 245; OLG Köln, NJW 61, 609 ff (abweichend von NJW 56, 1925); NJW 62, 1727 (1729); OLG Stuttgart, NJW 63, 1161; Baur, AcP 153, 393 ff; Röhl, NJW 58, 1268 mit einer Übersicht über die ältere teilweise gegenteilige Literatur und Rechtsprechung (vgl. etwa BGHZ, NJW 53, 1587) und Keidel, JZ 62, 478 (480).

2) Zweifelnd Arndt, NJW 59, 1297; bejahend Röhl, NJW 53, 1531; Maunz-Dürig, a. a. O. Rdn. 86.

Im einzelnen s. u. Besonderer Teil, 2. Abschnitt XI.

3) Im Ergebnis ebenso Dunz, NJW 62, 814 und DÖV 63, 107; das Armenrechtsbewilligungsverfahren stelle einen "staatsgerichteten Verwaltungsstreit" dar, in dem der Antragsgegner nur Auskunftsmittel sei. Löwe S. 151 meint, daß die Versagung des Armenrechts nichts mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör, sondern mit der Justizgewährung zu tun habe und daß Art. 103 I GG den Parteien nicht zu Streitmitteln verhelfen solle und wolle.

A. A. allerdings mit beachtlichen Gründen BayVerfGH, NJW 62, 627 mit zustimmender Anmerkung von Hildegard Krüger, DÖV 62, 744.

a) Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit

Einen Anspruch auf rechtliches Gehör kann nur jemand besitzen, der an einem Gerichtsverfahren beteiligt ist. Es ist jedoch formal gedacht, wenn man aus dieser Erkenntnis den Schluß zieht, daß einen Anspruch auf rechtliches Gehör nur besitzen könne, wer parteifähig¹⁾ oder gar prozeßfähig²⁾ sei. Denn bei diesen Begriffen handelt es sich um typische, vom Prozeßrecht her generell bestimmte *termini technici*, die keinen Sachbezug zum Anspruch auf rechtliches Gehör besitzen. Mag sich deshalb auch die formell-prozeßrechtliche Parteistellung i. d. R. mit dem Begriff "jedermann" decken³⁾, so ist sie doch ebenso wie die Bezeichnung als am Verfahren formell und materiell Beteiligte⁴⁾ ungeeignet, in Zweifelsfällen den durch Art. 103 I GG berechtigten Personenkreis zu bestimmen. Denn eine derart vorgenommene Begriffsbestimmung basiert nicht auf einer allgemeinen Erkenntnis über das Wesen des Anspruchs auf rechtliches Gehör, so daß sich im Einzelfall auch nicht daraus ableiten läßt, ob jemand Anspruch auf rechtliches Gehör besitzt oder nicht.

b) "Jedermann" als der von einer Gerichtsentscheidung Betroffene

Da der Anspruch auf rechtliches Gehör den Verfahrensbeteiligten gewährt wird, um ihnen die Möglichkeit zu geben, in ausreichender Weise auf die jeweils anstehende Gerichtsentscheidung, die möglicherweise zu ihrem Nachteil rechtlich bindende Verhältnisse schaffen kann, einwirken zu können, kann ein Einflußnahmerecht im Gerichtsverfahren nur derjenige besitzen, der von einer zu erwartenden Gerichtsentscheidung nachhaltig und nachteilig betroffen werden kann⁵⁾. "Jedermann" i. S. von Art. 103 I GG ist also nur, wer durch eine bevorstehende Gerichtsentscheidung in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt zu werden droht⁶⁾.

1) BVerfGE 3, 359 (363, 365); Röhl, NJW 58, 1268.

2) Hamann, AnwBl 58, 141 ff schränkt allerdings diese These ein, soweit mit ihrer Anwendung eine Degradierung der Prozeßbeteiligten zum Objekt des Verfahrens verbunden ist.

3) Maunz-Dürig, a. a. O. Rdn. 91; daß der Begriff der Parteifähigkeit allenfalls geeignet ist, eine Erweiterung der Grundrechtsfähigkeit hinsichtlich Art. 103 I GG herbeizuführen, erwähnt Dürig in Rdn. 13 ausdrücklich und weist damit dem Begriff der Parteifähigkeit bei der Bestimmung des Begriffs "jedermann" selbst keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

4) Baur, AcP 153, 393 ff; Löwe S. 403 ff.

5) Ähnlich formuliert Maunz-Dürig a. a. O., Rdn. 91 und BVerfGE 12, 6; trotz seines formalen Ausgangspunkts fordert Baur, AcP 153, 393 ff als Voraussetzung für die Berechtigung aus Art. 103 I GG, daß ein Verfahrensbeteiligter durch das Gerichtsverfahren möglicherweise beeinträchtigt wird.

6) BVerfGE 12, 6; Schultze-Rhonhof S. 3.

Mit dieser Definition des Begriffs "jedermann" wird klargestellt, daß nicht beliebige Dritte ¹⁾ in Gerichtsverfahren eingreifen können und gleichzeitig durch ein materiales Kriterium festgelegt, wer jeweils Anspruchsberechtigter i. S. von Art. 103 I GG ist.

Aus dem gewonnenen Begriff "jedermann" folgt, daß Kläger und Beklagter, Nebenintervenient und Hauptintervenient, Antrags- und Beschwerdeberechtigter usw. ²⁾, gleichgültig, ob es sich dabei um inländische oder ausländische ³⁾, um natürliche oder juristische Personen ⁴⁾ handelt, Anspruch auf rechtliches Gehör besitzen, wenn sie im konkreten Fall von einer Gerichtsentscheidung in ihrer materiellen oder prozessualen Rechtslage nachteilig betroffen werden können ⁵⁾. Das gleiche gilt für die am Strafverfahren beteiligten Personen wie Angeklagte, Nebenkläger, Einziehungsbeteiligte ⁶⁾ usw., aber auch etwa für die Beigeladenen im verwaltungsgerichtlichen Prozeß ⁷⁾. Beweispersonen, Verletzte und Anzeigende sind dagegen nicht "jedermann" i. S. von Art. 103 I GG, solange nicht eine Entscheidung getroffen wird, die sie unmittelbar in ihrer eigenen Rechtsstellung beeinträchtigen kann, wie etwa beim Erlass einer sitzungspolizeilichen Ordnungsstrafe ⁸⁾.

c) Der hoheitlich auftretende Staat als Anspruchsberechtigter aus Art. 103 I GG

Fraglich ist, ob der in einem Gerichtsverfahren hoheitlich auftretende Staat - etwa in der Gestalt der Staatsanwaltschaft - als "jedermann" einen Anspruch auf rechtliches Gehör besitzt. Dagegen könnte vorgebracht werden, daß Art. 103 I GG ein

1) BayVerfGH, NJW 62, 627 nennt sie Auskunftspersonen.

2) So besonders Baur, AcP 153, 393 ff.

3) Maunz-Dürig a. a. O., Rdn. 77; BGHSt 11, 288 (292).

4) BVerfGE 3, 359 (363, 365); 12, 6; Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 91; Hamann, AnwBl 58, 141 ff; Löwe S. 428. Nach BVerfGE 12, 6 steht dieser Ansicht Art. 19 III GG nicht entgegen, da sich Art. 19 III GG nur auf Abschn. I des GG beziehe. Zutreffender erscheint mir jedoch Maunz-Dürigs Ansicht (a. a. O. Rdn. 12), wonach Art. 19 III GG auf Art. 103 I GG angewendet werden könne, da Art. 103 I GG ein echtes Grundrecht darstelle, und als objektive Verfahrensnorm für alle gerichtlichen Verfahren gelte, gleichgültig wer beteiligt sei.

5) Dies kann bei einem Rechtsanwalt, der die Interessen einer Partei wahrnimmt, nicht der Fall sein. Unverständlich daher Löwe, S. 429/430, wenn er dem Verteidiger, nicht aber dem Anwalt im Zivilprozeß, einen eigenen Anspruch auf rechtliches Gehör zubilligt.

6) Röhl, NJW 58, 1268.

7) Maunz-Dürig, a. a. O. Rdn. 91.

8) Röhl, NJW 53, 1531 und NJW 58, 1268; Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 91; Baur, AcP 153, 393 ff.

Abwehrrecht gegen den Staat darstelle und daß sich deshalb der Staat weder auf dieses Grundrecht selbst berufen dürfe, noch überhaupt in seinen Rechten durch eine Gerichtsentscheidung beeinträchtigt werden könne ¹⁾.

Bei der Untersuchung der Frage ist davon auszugehen, daß die Staatsanwaltschaft im Strafverfahren die Interessen der Allgemeinheit, d. h. der Bevölkerung an Rechtsfriede, Rechtssicherheit, usw. zu vertreten hat. Daher kann eine Gerichtsentscheidung die Allgemeinheit, vertreten durch die Staatsanwaltschaft, nachteilig betreffen. Die mögliche Bedrohung des Allgemeininteresses durch gerichtliche Entscheidungen bedingt deshalb, daß der Vertreter der Allgemeinheit als "jeder-mann" i. S. von Art. 103 I GG mit entsprechender einflußnahmeberechtigender Subjektstellung im Verfahren angesehen werden muß. Deshalb und weil Art. 103 I GG auch eine objektive Verfahrensnorm ist, besitzt der hoheitlich handelnde Staat einen Anspruch auf rechtliches Gehör ²⁾.

Dieser Ansicht steht Art. 19 III GG nicht entgegen, da die genannte Vorschrift nur besagt, daß der Grundrechtsschutz auf juristische Personen ausgedehnt wird, aber nicht den Umkehrschluß erlaubt, daß sich der Staat und seine Behörden nicht auf Grundrechte berufen können ³⁾. Gegen die vorgetragene Meinung kann auch nicht die überholte, altliberale Auffassung sprechen, daß die Grundrechte "Gegenrechte" gegen den Staat seien und somit der Staat mit seinen Behörden als Grundrechtsverpflichteter nicht zugleich auch Grundrechtsbefugter sein könne. Maßgebend ist vielmehr, daß dem Staat zur Wahrnehmung seiner Kompetenzen objektive Grundrechtsnormen zustehen, um ihm auf diese Weise die ordnungsgemäße Erfüllung seiner Aufgaben möglich zu machen. Das bedeutet, daß der Staatsanwaltschaft die objektive Verfahrensnorm des Anspruchs auf rechtliches Gehör deshalb zustehen muß, weil es ihre Aufgabe ist, auf die Verurteilung von Rechtsbrechern hinzuarbeiten und diese Kompetenz von ihr nur dann sachgerecht wahrgenommen werden kann, wenn sie im Prozeß eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung besitzt ⁴⁾, um die ihr zustehenden Rechte in Gerichtsverfahren auch

1) So Schwarz-Kleinknecht, Einl. 1 F b, der deshalb der Staatsanwaltschaft keinen Anspruch auf rechtliches Gehör, "sondern nur ein verfahrensrechtlich gewährleitetes Recht auf Anhörung" einräumt.

2) Maunz-Dürig, a. a. O. Rdn. 14, 91; Röhl, NJW 53, 1531; Baur, AcP 153, 393 ff; Arndt, NJW 62, 1194; a. A. in obiter dictum OLG Braunschweig, NJW 62, 753.

3) Nach BVerfGE 6, 45 (49) entscheidet sich die Frage, ob der Staat eine Verfassungsbeschwerde erheben kann, daran, ob er subjektive Rechte im Einzelfall geltend macht.

4) Arndt, NJW 62, 1194 und Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 14 und Art. 19 III Rdn. 33, der zutreffend darauf abstellt, daß der Anspruch des hoheitlich handelnden Staats auf rechtliches Gehör daraus folgt, daß Art. 103 I GG nicht nur ein Grundrecht, sondern auch eine objektive Verfahrensnorm mit Verfassungsrang darstellt.

geltend machen zu können ¹⁾).

4. Umfang und Zeitpunkt des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Geht man vom Sinn und Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus, so läßt sich allgemein bestimmen, wann und in welchem Umfang den Verfahrensbeteiligten eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt werden muß,

a) Nachteilige Wirkung auf die Rechtslage des Betroffenen

Da Art. 103 I GG den Verfahrensbeteiligten im Prozeß eine Subjektstellung einräumt, um ihnen dadurch die Möglichkeit zu eröffnen, gegen die möglicherweise nachteiligen Wirkungen der Gerichtsentscheidung mit allen legitimen Mitteln vorzugehen zu können, besitzt der Anspruch auf rechtliches Gehör Abwehrtendenz. Ein solches Abwehrinteresse vor drohender Beeinträchtigung entfällt jedoch, wenn die beabsichtigte Entscheidung eine günstige Wirkung für den Verfahrensbeteiligten besitzt. Das bedeutet, daß nur demjenigen Verfahrensbeteiligten eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet werden muß, dem eine ihm ungünstige Entscheidung droht ²⁾, während eine Anhörung des Begünstigten entbehrlich ist, wo ohne weiteres zu seinen Gunsten zu entscheiden ist ³⁾.

Da in einem Gerichtsverfahren im Normalfall zwei Verfahrensbeteiligte mit gegenteiligen Interessen auftreten und die anstehende Gerichtsentscheidung deshalb

1) Hierauf und auf die Waffengleichheit im Prozeß zwischen Staat und Privatpersonen stellt zutreffend Ule, DVBl 59, 537 (541 ff) ab. Eb. Schmidt I Rdn. 89 spricht davon, daß die Staatsanwaltschaft im Strafprozeß "als Organ des rechtnehmenden Staats" auftritt und deshalb an die justizförmige Gestaltung des Verfahrens gebunden sei. Voraussetzung aber nicht Grund dafür (wie Graf, S. 6 offenbar meint) ist ein Prozeßrechtsverhältnis öffentlich rechtlicher Natur.

2) Ebenso Schwarz-Kleinknecht, Einl. 1 F d.

3) Vgl. Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 57; Röhl, NJW 53, 1531 und 58, 1268; Forsthoff, S. 217; v. Winterfeld, NJW 61, 849 ff BayVerfGHE 4, 21 (28); NJW 59, 285; 12, 64 (69 ff); 13, 24 ff; BVerfGE 1, 322 (325); 7, 95; 9, 120; 9, 123 (124); KG, NJW 54, 1410.

Siehe außerdem die Regelung des § 308 StPO und die vorgesehene Fassung des § 33 III StPO (bei Heiss, NJW 61, 1094 (1095)).

A.A. ist lediglich Löwe, S. 130 und 396 ff, aufgrund seines falschen Ausgangspunkts bei der Interpretation des Art. 103 I GG. Da er jedoch bei offenkundiger Unzulässigkeit einer beantragten Prozeßhandlung eine Ausnahme machen will, weicht seine Meinung im Ergebnis nicht allzuweit von der h.M. ab.

wenigstens für einen der Beteiligten regelmäßig ungünstig ausfallen muß, kommt der vorgenommenen Unterscheidung in benachteiligende und begünstigende Entscheidungen nur geringe praktische Bedeutung zu. Denn es wird i. d. R. ein Fall nicht von vornherein so klar liegen, daß eine Entscheidung nur in einer Richtung möglich ist und ausgeschlossen werden kann, daß der andere Verfahrensbeteiligte durch die zukünftige Entscheidung nicht nachteilig betroffen werden kann. Deshalb ist im Normalfall beiden Verfahrensbeteiligten ein Einflußnahmerecht zu eröffnen. Nur dann, wenn von vornherein feststeht, daß einem Antrag nicht stattgegeben werden kann, bedarf es nicht der Einräumung einer Einflußnahmemöglichkeit für den Antragsgegner. Denn dieser kann durch die ergehende Entscheidung nicht in seiner prozessualen oder materiellen Rechtslage beeinträchtigt werden.

b) Umfassende Einflußnahmemöglichkeit

Wenn der Sinn und Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör darin besteht, den Verfahrensbeteiligten ein Mittel in die Hand zu geben, um auf den Prozeß zu ihren Gunsten Einfluß nehmen zu können, so muß dieses Recht, soll es die beabsichtigte Wirkung entfalten können, umfassend sein.

Das bedeutet, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör in sämtlichen Verfahrensarten gelten muß. Es geht nicht an, den Geltungsbereich des Anspruchs auf rechtliches Gehör auf Verfahren mit Verhandlungsmaxime zu beschränken und bei Verfahren mit Untersuchungsmaxime dem Anspruch auf rechtliches Gehör jede Bedeutung zu versagen. Denn durch Art. 103 I GG soll den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit eingeräumt werden, sich gegen die nachteiligen und dauerhaften Wirkungen, die Gerichtsentscheidungen besitzen können, zur Wehr setzen zu können. Da derartige Nachteile aber nicht nur Entscheidungen, die in Verfahren mit Verhandlungsmaxime ergehen, mit sich bringen können, sondern jeder Gerichtsentscheidung unabhängig von der geltenden Verfahrensart anhaften können, muß das Gebot des Art. 103 I GG generell bei Gerichtsentscheidungen in sämtlichen Verfahrensarten gelten ¹⁾.

Zur vollen Entfaltung kann das durch Art. 103 I GG gewährte Einflußnahmerecht weiterhin nur dann kommen, wenn es sowohl eine Angriffs- als auch eine Verteidigungsbefugnis umfaßt ²⁾. Denn nur eine derartig umfassende Gelegenheit zur Einflußnahme wird der den Verfahrensbeteiligten zustehenden Subjektstellung gerecht. Die Verfahrensbeteiligten sollen nämlich durch Art. 103 I GG die Möglichkeit erhalten, sich nicht nur dagegen wehren zu können, von einer ihnen ungünsti-

1) Vgl. BVerfGE 7, 53 (57); 7, 275; 10, 274; Baur, AcP 153, 393 ff und JZ 57, 543; Röhl, NJW 58, 1268; Heinzmann S. 55.

2) Ule, DVBl. 59, 537 (541 ff); Forsthoff, S. 217.

gen Gerichtsentscheidung betroffen zu werden, sondern auch darauf hinarbeiten zu können, daß das Gericht eine ihnen günstige Entscheidung fällt. Beide Einflußnahmemöglichkeiten sind Komponenten der einheitlichen einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung und können nur in ihrem Zusammenspiel dem Sinn und Zweck des Art. 103 I GG gerecht werden.

Da den Verfahrensbeteiligten durch Art. 103 I GG eine echte Einflußnahmemöglichkeit auf den Ausgang des Verfahrens eingeräumt werden soll, muß sich die Äußerungsbefugnis der Beteiligten sowohl auf Tatsachen als auch auf Rechtsausführungen erstrecken. Die Parteien sollen nämlich nicht nur in der Lage sein, an der Feststellung des Tatsächlichen mitarbeiten zu können, sondern auch befugt sein, an der unmittelbaren Rechtsfindung mitwirken zu können. Dadurch wird die Geltung des Satzes "iura novit curia" nicht angetastet, jedoch klargestellt, daß die Verfahrensbeteiligten sehr wohl berechtigt sind, Rechtsmeinungen vor Gericht vorzutragen, um damit eine Berücksichtigung ihrer Rechtsmeinung durch das Gericht bei seiner Entscheidung anstreben zu können. Diese Berechtigung entspricht der Bedeutung der Verfahrensbeteiligten als Prozeßsubjekte. Außerdem folgt die Befugnis zum Vortrag von Tatsachen und Rechtsausführungen aus dem engen Zusammenhang, in dem beide Einflußnahmearten zueinander stehen. Es ist nämlich der rechtliche Gesichtspunkt mitentscheidend für die Feststellung des Sachverhalts und insbesondere für die Auswahl von tatsächlich Erheblichem und Unerheblichem. Schließlich spricht für die Befugnis im Rahmen des rechtlichen Gehörs, Rechtsausführungen vortragen zu dürfen, die Notwendigkeit, den Beteiligten eine Einflußnahmemöglichkeit auch in Revisionsverfahren zu eröffnen. Hier kann nämlich im Normalfall eine sachgerechte Äußerung nur durch Rechtsausführungen erfolgen. Mithin ist festzuhalten, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör sowohl die Berechtigung zur Äußerung von Tatsächlichem als auch zum Vortrag von Rechtlichem mitumfaßt ¹⁾.

c) Rechtzeitige Gewährung einer Einflußnahmemöglichkeit

Ausgehend vom Sinn und Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist zu prüfen, ob Art. 103 I GG gebietet, daß den Verfahrensbeteiligten so schnell wie möglich eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet wird, oder ob es ausreicht, daß sie überhaupt Gelegenheit erhalten, vor einer Gerichtsentscheidung Einfluß nehmen zu können.

1) Ebenso Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 40; Baur, AcP 153, 393 ff; Jagusch, NJW 59, 265; Arndt, NJW 59, 6; 62, 27 und JZ 63, 65; Dahs, NJW 61, 1244; Lorenz, MDR 62, 626; Mender, NJW 61, 2103; Hoegner § 48 Nr. 2; Heinzmann S. 72; Schultze-Rhonhof S. 3; Löwe S. 131 ff; Schwarz-Kleinknecht, Einl. 1 Fc; BVerfGE 9, 261 ff; BayVerfGH, NJW 59, 285; 62, 1387; OLG Celle, NJW 63, 1320.

A.A. Röhl, NJW 53, 1531; 59, 285; Graf S. 5; KG, NJW 54, 1410.

Die nachteiligen Wirkungen, die eine Gerichtsentscheidung für die Beteiligten haben kann, sind der Grund für die Eröffnung der Einflußnahmebefugnis. Wesentlich ist also, daß die Beteiligten die Möglichkeit erhalten, an dem Zustandekommen einer Gerichtsentscheidung mitwirken zu können. Das heißt, daß den Beteiligten eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung "vor einer abschließenden richterlichen Entscheidung gewährt werden muß. Ein verfassungsmäßig garantierter Anspruch darauf, etwa sofort oder innerhalb einer bestimmten Frist (nach begangener Tat) gehört zu werden, besteht nicht" ¹⁾. Zu einer möglichst frühzeitigen Anhörung gibt Art. 103 I GG deshalb keinen Anlaß, weil dem Betroffenen ein Nachteil erst durch eine Gerichtsentscheidung entstehen kann und er sich deshalb vorher auch nicht dagegen zur Wehr setzen können muß. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist vielmehr nur während des gerichtlichen Verfahrens zu gewähren und zwar bevor eine gerichtliche Entscheidung ergeht. Rechtzeitig hat die Eröffnung einer Einflußnahmemöglichkeit nur insoweit zu erfolgen, als dem Betroffenen ein der Schwierigkeit des Falles angemessener Zeitraum vor der Entscheidung zur Wahrnehmung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör zur Verfügung zu stellen ist.

Falls sich der Betroffene im Zeitpunkt der Gewährung rechtlichen Gehörs über die Umstände des zur Verhandlung anstehenden Falles nicht mehr erinnern und deshalb auch nicht mehr in vollem Umfang äußern kann, liegt eine von ihm zu vertretende Erinnerungslosigkeit vor, deren Ursache in der menschlichen Unvollkommenheit liegt ²⁾. Eine Verletzung des Art. 103 I GG ist jedenfalls darin nicht zu erblicken, da dem Betroffenen eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet ist, dieser sie aber aus Gründen, die bei ihm liegen, nicht wahrnehmen kann ³⁾. Eine Pflicht des Gerichts, das Gedächtnis des Betroffenen wachzuhalten ⁴⁾ - indem er etwa möglichst frühzeitig zur Erklärung über einen bestimmten Vorgang aufgefordert wird - wird von Art. 103 I GG nicht gefordert ⁵⁾.

Zusammenfassend ergibt sich, daß Art. 103 I GG nur verlangt, dem Betroffenen vor der Gerichtsentscheidung eine Einflußnahmemöglichkeit zu eröffnen. Liegt zu diesem Zeitpunkt beim Betroffenen eine Erinnerungslosigkeit vor, so hat das

1) So OLG Schleswig, NJW 63, 455.

2) So Mendler, NJW 61, 2103.

3) Ebenso OLG Düsseldorf, NJW 61, 1734; OLG Schleswig, NJW 63, 455; OLG Celle, NJW 63, 1320; BayVerfGH, NJW 63, 707 ff und Mendler, NJW 61, 2103 mit dem zutreffenden Argument, die Rechtzeitigkeit sei Art. 103 I GG nicht wesenseigen, da sie nicht praktikabel sei und zu Ungerechtigkeiten führen müsse.

4) Wie Arndt, NJW 61, 1734; 62, 25 (27) und etwas abgeschwächt in NJW 63, 455 meint.

5) Der Grund dafür ist, daß Art. 103 I GG vom Gericht i. d. R. keine Aktivitätseinfaltung verlangt (s. dazu unten 5).

keinen Verstoß gegen Art. 103 I GG, wohl aber besonders strenge Anforderungen an den Schuldbeweis zur Folge ¹⁾.

d) Rechtliches Gehör und Instanzenzug

Es fragt sich, ob den Verfahrensbeteiligten in jeder Instanz eine Einflußnahmebefugnis eröffnet werden muß und ob - falls etwa in einer unteren Instanz keine Gelegenheit zur Einflußnahme eingeräumt wurde - ein Verstoß gegen Art. 103 I GG durch Gewährung einer einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung in der höheren Instanz geheilt werden kann.

Da in jeder Instanz Gerichtsentscheidungen ergehen können, die sich auf die Rechtsstellung der Beteiligten nachteilig auswirken können, muß den Verfahrensbeteiligten in jeder Instanz eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt werden. Denn wenn auch ein Beteiligter im ersten Rechtszug ausreichenden Einfluß auf die ergangene Entscheidung nehmen konnte, so ist damit noch nicht gesagt, daß er in der nächsten Instanz nicht noch andere Umstände zur Wahrnehmung seiner Interessen vortragen will. Die Gewährung einer umfassenden Einflußnahmebefugnis muß daher auch die Berechtigung umfassen, an dem Zustandekommen höherinstanzlicher Entscheidungen in ausreichendem Umfang mitarbeiten zu können ²⁾.

Geht man davon aus, daß den Verfahrensbeteiligten durch die Gewährung eines Anspruchs auf rechtliches Gehör die Gelegenheit gegeben werden soll, eine für sie möglichst günstige Entscheidung herbeiführen zu können, so muß man zu dem Schluß kommen, daß ein Verstoß gegen Art. 103 I GG nicht durch die Gewährung einer umfassenden Einflußnahmemöglichkeit in der nächst höheren Instanz geheilt werden kann. Denn das Bestreben der Verfahrensbeteiligten geht dahin, möglichst schon in erster Instanz eine ihnen günstige Entscheidung herbeizuführen. Sie wollen es nicht auf eine Entscheidung in der zweiten Instanz ankommen lassen. Abgesehen davon, daß nicht jede weitere Instanz als Tatsacheninstanz geeignet ist, eine Einflußnahme auf tatsächlichem Gebiet nachträglich zuzulassen, ist nämlich der Instanzenzug auch nicht dafür geschaffen, dem Betroffenen eine Einflußnahmemöglichkeit, die ihm vorher verweigert wurde, nachträglich zu eröffnen, sondern deshalb, damit der Beteiligte die ergangene Gerichtsentscheidung, die trotz all seiner Einflußnahme zu seinen Lasten ausfiel, nochmals überprüfen lassen kann. Da es für die Verfahrensbeteiligten also entscheidend darauf ankommt, ihre Interessen von der erstinstanzlichen Entscheidung an im Prozeß wirksam zur

1) Vgl. OLG Schleswig, NJW 63, 455 und Arndt, NJW 63, 455.

2) Ebenso Jagusch, NJW 59, 265.

Geltung bringen zu können¹⁾, kann ein Verstoß gegen Art. 103 I GG in der unteren Instanz nicht durch die Gewährung rechtlichen Gehörs in der höheren Instanz geheilt werden²⁾. Dies würde nämlich sowohl eine nicht gerechtfertigte Schmälerung der Subjektstellung der Verfahrensbeteiligten, - der erste Rechtszug wäre für den Betroffenen zur Einflußnahme ungeeignet - als auch eine Zweckentfremdung des Instanzenzugs - praktisch würde dem Betroffenen eine Instanz entzogen³⁾ - bedeuten.

5. Art. 103 I GG und die Aktivität der Verfahrensbeteiligten

Bereits die wörtliche Interpretation des Begriffs "Anspruch" hat ergeben, daß für die Erfüllung des Gebots aus Art. 103 I GG nicht die tatsächliche Wahrnehmung einer Einflußnahme durch die Verfahrensbeteiligten maßgebend ist. Es kommt vielmehr allein darauf an, den Verfahrensbeteiligten eine Gelegenheit zur Einflußnahme zu gewähren. Diese Erkenntnis wird durch die teleologische Interpretation des Art. 103 I GG bestätigt und zugleich näher begründet.

Der Sinn und Zweck des Art. 103 I GG geht dahin, den Verfahrensbeteiligten durch die Gewährung einer umfassenden Einflußnahmebefugnis die Möglichkeit zu geben, sich gegen die für sie u.U. nachteiligen Wirkungen einer gerichtlichen Entscheidung wirksam zur Wehr setzen zu können. Mithin muß den Verfahrensbeteiligten zur Ausübung ihres als natürlich vorausgesetzten Abwehrwillens eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung im Prozeß eingeräumt werden. Wie und ob sie diese ihnen eröffnete Befugnis wahrnehmen, unterliegt jedoch ihrer

1) LG Aachen, NJW 63, 873 formuliert zutreffend (zu § 453 I 2 StPO): "Der Verurteilte soll ... auf die erste Entscheidung Einfluß nehmen, nicht nur auf die des Beschwerdegerichts. Es ist oft von Bedeutung nicht, daß er Gründe vorbringt, sondern wann er sie vorbringt".

2) Im Ergebnis ebenso für das Beschwerdeverfahren OLG Bamberg, HEST 3, 3 ff; LG Aachen, NJW 63, 873 und für das Ordnungsstrafverfahren OLG Saarbrücken, NJW 61, 890 ff; OLG Neustadt, NJW 61, 2320 sowie Röhl, NJW 53, 1531 (einschränkend allerdings in NJW 58, 1268); Schultze-Rhonhof, S. 6; Löwe, S. 59; zweifelnd Woesner, NJW 59, 866.

A.A. BVerfGE 5, 9; 5, 22 (24); 8, 184 (185); Ule, DVBl. 59, 537 (541 ff); Hamann, AnwBl 58, 141 ff und Röhl, NJW 58, 1268, die eine Heilung zulassen, sofern rechtliches Gehör nachträglich in der Tatsacheninstanz gewährt wird; BayVerfGE 10, 1 (3); 12, 127; NJW 62, 531; BayObLGSt 25, 207; OLG Oldenburg; NJW 57, 1372; Maunz-Dürig a. a. O., Rdn. 83; KMR § 310 Nr. 2 e; v. Winterfeld, NJW 61, 849; Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 57; Heinzmann S. 65; Schwarz-Kleinknecht, Einl. 1 Fh.

3) Mit dieser Begründung meldet Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 83 Bedenken gegen seine eigene Ansicht an.

Verantwortung. Denn mit der Gewährung einer einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung ist den Verfahrensbeteiligten gleichzeitig die Verantwortung dafür übertragen worden, ob und wie sie die eingeräumte Befugnis ausüben wollen. Diese Eigenverantwortlichkeit der Verfahrensbeteiligten folgt aus unserer demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung, nach der dem Bürger zwar ein umfassender Rechtsschutz gewährt, aber das eigene Prozessieren und das damit verbundene Risiko nicht abgenommen wird.

Aus dieser Erkenntnis folgt, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör seinem Wesen nach ein Tätigwerden des Berechtigten voraussetzt¹⁾, daß aber auch auf die Entfaltung der Aktivität verzichtet werden kann, ohne daß dadurch Art. 103 I GG verletzt wird. Denn Subjekt sein heißt verantwortlich sein für die Ausübung der eingeräumten Befugnis. Wird daher vom Verfahrensbeteiligten bewußt oder aus Nachlässigkeit keine Aktivität mit dem Ziel der Einflußnahme auf den Prozeß entfaltet, so hat er seinen Anspruch auf rechtliches Gehör ungenutzt gelassen. Wer nämlich Beeinträchtigungen seiner Rechtslage ohne Widerstand hinnehmen will, wird über Art. 103 I GG nicht gezwungen, sich verteidigen zu müssen. Denn zur Erfüllung des Gebots von Art. 103 I GG gehört nicht, daß der Betroffene gehört worden ist, sondern nur, daß ihm zur Einflußnahme Gelegenheit geboten worden ist. Das Recht zu einer weiteren Einflußnahmemöglichkeit hat er jedoch durch seine Inaktivität *verwirkt*²⁾.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die Ausübung des von Art. 103 I GG gewährten Einflußnahmerechts eine Aktivitätsentfaltung der Verfahrensbeteiligten voraussetzt und verlangt. Diese Tätigkeit der Beteiligten ist das Korrelat zu der ihnen von der Verfassung eingeräumten Chance, einen möglichst günstigen Ausgang des Gerichtsverfahrens zu erreichen.

1) Vgl. insbesondere Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 61 ff und Baur, AcP 153, 393 ff. Siehe auch oben 1. Abschnitt II 3 c.

2) Vgl. Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 61 ff; Schwarz-Kleinknecht, Einl. 1 F e; Baur, AcP 153, 393 ff; v. Winterfeld, NJW 61, 849 ff; Löwe, S. 142 ff und 447; Graf, S. 7; BGHSt, NJW 62, 451; OLG Köln, NJW 63, 875. BGHSt 13, 123 ff hebt für die Frage der Verwirkung zutreffend auf die Willensrichtung des Ausübungsberechtigten ab. Es liege deshalb keine Verwirkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor, wenn ein Angeklagter zwar aussagen wolle, aus achtenswerten religiösen Gründen (Hauptverhandlung an jüdischem Feiertag gegen strenggläubigen Juden) aber nicht aussagen könne.

6. Art. 103 I GG und die Bereitstellung prozessualer Mittel, die eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnen

Geht man davon aus, daß Art. 103 I GG den Verfahrensbeteiligten eine wirksame Einflußnahmemöglichkeit auf den Ausgang "ihres" Prozesses einräumen will, die Wahrnehmung dieser Befugnis aber an eine Aktivitätsentfaltung der Beteiligten knüpft, so fragt es sich, welche Aufgaben Gesetzgeber und Richter zur Erfüllung des Gebots von Art. 103 I GG verbleiben.

Da es für die Verfahrensbeteiligten entscheidend darauf ankommt, Aktivität zum Zweck der Geltendmachung ihres Einflusses entfalten zu können, erwächst aus Art. 103 I GG für den Gesetzgeber und Richter die Aufgabe, prozessuale Gelegenheiten zu schaffen, die eine Ausübung der Aktivität durch die Beteiligten erlauben. Gesetzgeber und Richter müssen also den Verfahrensbeteiligten prozessuale Hilfsmittel in ausreichender Weise zur Verfügung stellen, damit die Betroffenen mit ihrer Hilfe in die Lage versetzt werden, ihren Aktivitätswillen wirksam zum Ausdruck bringen und auf die ergehende Entscheidung geeigneten Einfluß nehmen zu können. Mehr Pflichten als die entsprechenden prozessualen Mittel zum Gebrauch durch die Beteiligten bereitzustellen erwachsen dem Gesetzgeber und Richter aus Art. 103 I GG nicht. Die Rolle des Richters ist im Vergleich zu der der Verfahrensbeteiligten eine passive. Eine der Folgen davon ist, daß das Gericht zu einem "Rechtsgespräch" mit den Parteien nicht verpflichtet ist ¹⁾, sondern den Verfahrensbeteiligten nur die prozessualen Mittel bereitstellen muß, damit diese Gelegenheit zu rechtlichen Ausführungen erhalten.

Der Gesetzgeber ist seiner ihm nach Art. 103 I GG zufallenden Aufgabe in weitem Umfang bereits deshalb nachgekommen, weil viele Verfahrensregelungen, die ursprünglich der Wahrheitsermittlung dienten oder nur bloße Ordnungsvorschriften waren, geeignet sind, gleichzeitig die von Art. 103 I GG an die Prozeßvorschriften gestellten Anforderungen zu erfüllen. So erhalten z.B. die prozessualen Vorschriften über Ladung, Zustellung ²⁾, Einlassung, Termin- und Fristbestimmung ³⁾,

1) Siehe dazu im einzelnen oben 1. Abschnitt I 1 b.

2) Vgl. BGHZ, NJW 54, 915 und Pernutz, NJW 61, 537.

3) Die gesetzlichen Fristen reichen in der Regel aus, um den Beteiligten eine ordnungsgemäße Einflußnahme zu gewähren (BayVerfGE 11, 90 (100 ff)). Wo dies nicht der Fall ist, sind sie nach der Sachlage des Falls zu bemessen (BVerfGE 4, 190) und einzuhalten (BVerfGE 12, 110 ff). Nach Fristablauf darf dann entschieden werden (BVerfGE 3, 359 (365)).

Wird keine Frist gesetzt, so muß bis zur Entscheidung eine angemessene Zeitspanne abgewartet werden (BVerfGE 6, 12; 8, 99; 12, 6 ff; BayObLGZ, NJW 60, 43; Röhl, NJW 58, 1268; Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 67).

Vertagung, Akteneinsicht ¹⁾, Antragsrecht, mündliche Verhandlung ²⁾, letztes Wort, Gegenerklärung, evtl. Beiziehung eines Dolmetschers ³⁾ usw. eine völlig neue, vom Verfassungsrecht her bestimmte Bedeutung. Sie erfahren z. T. eine rechtliche Um- und Aufwertung ⁴⁾, sei es von bloßen Ordnungsvorschriften zu Regelungen, die mit materialem Gehalt versehen sind, sei es von einem Mittel der Wahrheitserforschung zu einem solchen der Einflußnahmemöglichkeit ⁵⁾.

Aus diesen Überlegungen folgt, daß eine Verletzung des Art. 103 I GG dann vorliegt, wenn die prozessualen Vorschriften keine ausreichende Entfaltung der Aktivität der Prozeßbeteiligten zulassen ⁶⁾. Entsprechen dagegen die Prozeßvorschriften den an sie gestellten Anforderungen, so liegt kein Verstoß gegen Art. 103 I GG vor. Wenn sich ein Verfahrensbeteiligter trotzdem mit seiner Ansicht übergangen fühlt, so liegt das in der Regel an eigener mangelnder Aktivität ⁷⁾.

Fortsetzung der Fußnote 3 von Seite 56:

Einem begründeten Antrag auf Terminsverlegung muß stattgegeben werden (BSG, NJW 62, 1463) oder zumindest den Beteiligten die Möglichkeit eingeräumt werden, schriftlich Stellung nehmen zu können (BVerwG, NJW 61, 892; MDR 63, 782; Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 68/69). Unbegründet ist ein Terminverlegungsantrag wegen Urlaubswünschen des Prozeßvertreters (BVerfG, DRiZ 62, 327), begründet bei Anwaltswechsel (BGHZ, MDR 58, 588).

- 1) Sehr ausführlich BFH, NJW 62, 759 ff und Rautenberg, NJW 62, 937 ff zu § 267 I 2 RABGO und allgemein Löwe, S. 189 ff.
- 2) Daß jedoch ein Verstoß gegen den Mündlichkeitsgrundsatz nicht immer gleichzeitig eine Verletzung des Art. 103 I GG bedeutet, ergibt sich aus der Tatsache, daß daneben auch andere ausreichende Einflußnahmemittel vorhanden sein können (ebenso BVerfGE 5, 9 ff; 6, 19 (20); 9, 231; BFH, NJW 62, 839).
- 3) Siehe dazu Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 79 mit Literaturachweisen.
- 4) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 70.
- 5) Eb. Schmidt I Rdn. 97 formuliert: "Die Normen und Formen des Prozeßrechts sind ganz wesentlich unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des Beschuldigten gegen die Gefahr staatlichen Mißbrauchs, behördlicher Fehlsamkeit und Willkür zu sehen".
- 6) Nicht verhindert wird die Entfaltung von Aktivität durch belastende Beweisvermutungen. Sie regeln nämlich nur, für welche Partei sich die Nichtaufklärung eines Sachverhalts belastend auswirkt, hindern aber die Beteiligten nicht, Einfluß gerade auf den in Frage stehenden Sachverhalt nehmen zu können. Sie enthalten daher keinen Verstoß gegen Art. 103 I GG (ebenso Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 73; Ule, DVBl 59, 537 (541 ff); a. A. Arndt, NJW 59, 6).
- 7) z. B. durch Nichterscheinen im Beweistermin trotz Ladung; vgl. auch Röhl, NJW 58, 1268; BVerfGE 7, 327 (329); BGHSt, NJW 61, 1222.

7. Realisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Die Verwirklichung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, also die Gewährung einer einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung für die Verfahrensbeteiligten hat nach zwei Richtungen hin zu erfolgen. Einmal muß dafür gesorgt werden, daß der Betroffene seine Ansicht zum Prozeßstoff in sachgerechter Weise vorbringen kann und zum anderen muß gewährleistet sein, daß die Ausführungen der Beteiligten vom Gericht zur Kenntnis genommen und bei der Entscheidung berücksichtigt werden¹⁾.

a) Informations- und Äußerungsgelegenheit der Beteiligten

Voraussetzung für die Realisierung einer wirksamen Einflußnahme ist, daß die Beteiligten wissen, wozu sie sich äußern müssen, um auf eine ihnen günstige Entscheidung hinwirken zu können. Das bedeutet, daß den Betroffenen eine Gelegenheit eingeräumt werden muß, vom Prozeßstoff Kenntnis zu erlangen.

Da sich die von den Beteiligten geforderte Aktivität nicht nur auf die Äußerung selbst, sondern auch auf die notwendige Vorarbeit, nämlich auf die Kenntnisaufnahme vom Prozeßstoff erstreckt, haben sich die Verfahrensbeteiligten als verantwortliche Prozeßsubjekte grundsätzlich auch die für die Ausübung ihres Äußerungsrechts notwendigen Informationen selbst zu beschaffen. Die zur Ausübung des Informationswillens geeigneten prozessualen Mittel sind jedoch vom Gesetzgeber und Richter den Verfahrensbeteiligten bereitzustellen. Dies kann bereits durch mündliche Verhandlung unter Anwesenheit der Beteiligten oder durch die Mitteilung von Schriftsätzen, Gutachten, Terminen usw. in ausreichender Weise geschehen. Alle bereitgestellten prozessualen Mittel und faktischen Möglichkeiten, die zur Informationsbeschaffung geeignet sind, müssen die Verfahrensbeteiligten herangezogen haben, bevor sie sich auf einen Verstoß gegen Art. 103 I GG mit Erfolg berufen können. Geht ihre Aktivität nicht so weit, dann liegt keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor.

Ausnahmen von der Informationslast der Verfahrensbeteiligten liegen ausnahmsweise nur vor, wenn es unzumutbar ist, daß sich die Betroffenen selbst die notwendige Information vom Prozeßstoff verschaffen müssen²⁾. Eine solche Unzumutbarkeit ist dann gegeben, wenn die Verfahrensbeteiligten nicht damit rechnen müssen, daß das Gericht neue, bisher unbekannte tatsächliche und rechtliche Erwägungen seiner Entscheidung zugrunde legt. Es muß nämlich im Sinne der Gewährung

1) Heinzmann S. 54 nennt diese beiden Komponenten des Anspruchs auf rechtliches Gehör "Äußerungsgelegenheit" und "Berücksichtigungspflicht".

2) Vgl. Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 61 ff.

einer echten Einflußnahmemöglichkeit verhindert werden, daß die Verfahrensbe- teiligten von einer Gerichtsentscheidung überrascht werden - soweit sie diese Über- raschung nicht selbst verschuldet haben oder aber eine solche ausnahmsweise ge- boten ist.

Liegen für die Beteiligten überraschende Umstände vor, dann ist das Gericht ver- pflichtet, die Betroffenen von der neuen Lage in Kenntnis zu setzen, um ihnen die Möglichkeit zu geben, sachdienliche Äußerungen vorbringen zu können. Dies ist etwa dann der Fall, wenn das Gericht - ohne daß die Beteiligten den Anstoß dazu gegeben haben - dienstliche, von amtswegen eingeholte Äußerungen ver- werten oder von seiner bisherigen langjährigen Rechtsprechung zu einem bestimm- ten Rechtsproblem abweichen will. Bezeichnet man diese Pflicht des Gerichts als Rechtsgespräch, so besteht insoweit, also nur in Ausnahmefällen, eine Pflicht des Gerichts zum Rechtsgespräch mit dem Beteiligten ¹⁾.

Selbst wenn man davon ausgeht, daß noch ähnliche, die Verfahrensbeteiligten völlig überraschende Maßnahmen des Gerichts denkbar sind ²⁾, so wird trotzdem

1) So schon Schultz, MDR 59, 174 und außerdem BayVerfGH, NJW 62, 1387 für den Fall der Abweichung von einer langjährigen Rechtsprechung oder dem Auf- geben früherer in demselben Verfahren vom entscheidenden Gericht geäußerter Rechtsansichten. Ebenso BVerwG, NJW 61, 891 (im Anschluß an 58, 1156) und 1549 hinsichtlich der Abweichung von der bisherigen Interpretation des § 2 LSchVO; zur freiwilligen Gerichtsbarkeit vgl. Keidel, JZ 62, 478 (480); etwas weitergehend Löwe, S. 136 ff.

A. A. Jagusch, NJW 62, 1645 ff. Er warnt richtigerweise vor einer Verallge- meinerung der vorgetragenen Ansicht in Richtung auf eine allgemeine Pflicht des Gerichts zum "Rechtsgespräch" mit den Parteien, will aber auch die vom BayVerfGH und vom BVerwG entschiedenen Fälle nicht als zulässige Ausnahmen gelten lassen. Wenn er dies damit begründet, daß "jede Richterentscheidung, im großen gesehen, bei der Rechtsanwendung von vorn herein ein Optimum zwischen den Grundsätzen "konservativer" Rechtsbewahrung und denjenigen behutsamer Rechtsanpassung und -fortbildung erstreben muß", so ist dem grund- sätzlich zuzustimmen, jedoch gleichzeitig zu bemerken, daß es Fälle geben kann, in denen die Anwendung dieses Grundsatzes für die Parteien bei der Aus- übung ihrer Einflußnahmemöglichkeit unzumutbar sein kann, weil sie auf den Bestand einer vom Gericht im Verfahren geäußerten oder in langjähriger Recht- sprechung beibehaltenen Rechtsansicht vertrauen. In diesen Fällen handelt es sich nicht um gerichtliche Ansichten "vorläufiger Art" oder um "Anregungen zur Diskussion". Die Parteien werden vielmehr geradezu veranlaßt, - was Jagusch leugnet - "sich bei ihren Darlegungen auf eine von mehreren Ausle- gungsmöglichkeiten des Gesetzes zu beschränken".

2) Etwa bei der Anwendung eines neuen Gesetzes. Unterbleibt eine diesbezügliche Aufklärung, so läßt es BayVerfGHE 12, 64 (69 ff.) dahingestellt, ob ein Verstoß

gesagt werden können, daß nur in einem verschwindend kleinen Teil aller Fälle das Gericht zu einem aktiven Handeln verpflichtet ist, um die Prozeßbeteiligten über den Prozeßstoff zu informieren. Bedenkt man, daß der Grund für diese Verschiebung der Informationslast darin zu suchen ist, daß die Verfahrensbeteiligten vor Überraschungsentscheidungen geschützt werden sollen, so geben manche der ergangenen gerichtlichen Entscheidungen Anlaß zu Bedenken. Die Informationspflicht der Gerichte wird nämlich häufig überspannt und zwar nicht zuletzt deshalb, weil dem negativ formulierten Grundsatz über den Inhalt des rechtlichen Gehörs unberechtigterweise dogmenhafte Bedeutung beigemessen wird.

Mit der Gewährung einer umfassenden Informationsmöglichkeit allein wird den Verfahrensbeteiligten noch keine ausreichende Gelegenheit zur Einflußnahme eröffnet. Insoweit handelt es sich vielmehr erst um die notwendige Voraussetzung für die Ausübung der eigentlichen Einflußnahmebefugnis durch die Verfahrensbeteiligten. Es fragt sich daher, wie die eigentliche Einflußnahmeberechtigung ausgestaltet sein muß.

Die Beteiligten müssen in dem bereits näher beschriebenen Umfang ¹⁾ die ihnen günstigen Umstände dem entscheidenden Gericht zur Kenntnis bringen können. Nur dann kann die zu gewährende Einflußnahmemöglichkeit echte Wirksamkeit entfalten. Das heißt, daß die Beteiligten dem Gericht ihre Ansichten mündlich oder schriftlich mitteilen können müssen. Außerdem muß aber auch den Beteiligten die Möglichkeit gegeben werden, am Verfahren selbst mitwirken zu können. Denn ohne die Möglichkeit Prozeß- und Sachanträge zu stellen und Fragen an Zeugen und Sachverständige richten zu dürfen, würde den Beteiligten nicht die von Art. 103 I GG geforderte einflußnahmeberechtigende Subjektstellung im Prozeß eingeräumt. Es kann daher festgestellt werden, daß das Gebot des Art. 103 I GG verlangt, den Verfahrensbeteiligten ein allseitiges Äußerungsrecht zuzugestehen. Nur dann, wenn die Beteiligten die ihnen eingeräumte Befugnis offensichtlich mißbrauchen, kann ihnen die Möglichkeit zur Äußerung entzogen werden. In diesen Fällen haben sie ihre Berechtigung aus Art. 103 I GG verwirkt.

Fortsetzung der Fußnote 2 von Seite 59:

gegen Art. 103 I GG vorliegt. Es wird hierbei auf die Umstände des Einzelfalles entscheidend ankommen.

Zu weit geht allerdings BGHZ, NJW 61, 363, wenn dort gefordert wird, daß das Gericht die Parteien auf einen Aussagepunkt eines Zeugen besonders hinweisen müsse. Wenn der BGH auch dahingestellt läßt, ob dadurch Art. 103 I GG verletzt wird, so übersieht er doch, daß eine derartige Aufklärung ausschließlich der Initiative der Parteien überlassen werden muß,

1) Siehe oben 4.

Überlassen bleibt den Verfahrensbeteiligten, ob sie das ihnen zustehende Äußerungsrecht in Person oder über einen bestellten Vertreter (im Strafprozeß durch einen Verteidiger) ausüben wollen. Denn Art. 103 I GG normiert keine höchstpersönliche unabtretbare Befugnis ¹⁾, sondern eine Einflußnahmemöglichkeit, deren Wahrnehmung nach Art und Intensität den Beteiligten überlassen wird. Wie also das Äußerungsrecht von den Beteiligten realisiert wird - mit oder ohne Hilfe eines Rechtsanwalts - ist deren Sache. Sie können jedenfalls einen Vertreter zur Wahrnehmung der ihnen zustehenden Einflußnahmemöglichkeiten beauftragen ²⁾. Dieser wird dann zulässigerweise als berufener Mittler zwischen Prozeßbeteiligten und Gericht tätig ³⁾.

b) Anhörungspflicht des Gerichts

Das Korrelat zum Äußerungsrecht der Verfahrensbeteiligten ist die Pflicht des Gerichts zur Anhörung der vorgetragenen Ausführungen.

Diese Pflicht erschöpft sich ebensowenig in der bloßen Anhörung, wie das Äußerungsrecht der Beteiligten in der bloßen Befugnis zur Stellungnahme. Der Informationslast der Betroffenen entspricht vielmehr die Pflicht des Gerichts, im Rahmen der gesetzlichen Regelungen den Beteiligten die notwendige Information zu ermöglichen. Das bedeutet, daß der Richter verpflichtet ist, die in den Verfahrensregelungen vorgesehenen prozessualen Mittel zum Zweck der Informationsverschaffung gewissenhaft zu gewähren und falls nötig, unter dem verfassungsrechtlichen Aspekt des Art. 103 I GG anzuwenden. So hat er z.B. die Fristen bei der Einräumung eines Schriftsatzrechts und bei Terminsverlegungsanträgen so zu bemessen, daß es den Beteiligten möglich ist, sich in der zur Verfügung gestell-

1) Anders verhält es sich, wenn der Beteiligte als Auskunftsperson (Beweismittel) für das Gericht tätig wird. In dieser Funktion nimmt er nämlich infolge seiner Kenntnis von den tatsächlichen Gegebenheiten eine Aufgabe mit höchstpersönlichem Charakter wahr.

Da die Verfahrensbeteiligten im Normalfall sowohl als Partei als auch als Auskunftsmittel im Prozeß tätig werden, nehmen sie eine Doppelstellung ein, bei der sie sich nur teilweise vertreten lassen können. Vgl. dazu H. Dahs, NJW 62, 2238 ff hinsichtlich § 257 StPO mit umfassendem Quellennachweis.

2) Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 78; Ule, DVBl 59, 537 (541 ff).

3) Ebenso BVerfGE 9, 124 (131/132) und sehr ausführlich H. Dahs, NJW 62, 2238 ff; Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 74.

A. A. Röhl, NJW 58, 1268; Löwe S. 157. Der vom BayVerfGH, NJW 61, 1523 gemachten Ausnahme für den Fall der Schlechtinformation des Anwalts durch die Partei kann nicht gefolgt werden, da die Schlechtinformation zu Lasten der Partei gehen muß. Sie hat nämlich die ihr gebotene Einflußnahmemöglichkeit nicht genutzt.

ten Zeitspanne auf das Verfahren ordnungsgemäß vorbereiten zu können. Außerdem darf das Gericht dem Betroffenen nicht durch eine eilige Entscheidung die Informationsmöglichkeit nehmen. Vielmehr muß auch bei verfahrensleitenden Ermessensentscheidungen die Subjektstellung der Verfahrensbeteiligten berücksichtigt werden.

Diese Forderung des Art. 103 I GG besteht auch dann, wenn im Prozeßrecht eine ausdrückliche Verfahrensregelung, durch die eine Informationsmöglichkeit für den Betroffenen eröffnet wird, fehlt oder unvollständig ausgestaltet ist. In diesen Fällen hat nämlich der Richter direkt aus Art. 103 I GG zu judizieren und die angemessenen Gelegenheiten für eine Einflußnahme ohne besondere verfahrensgesetzliche Grundlage den Verfahrensbeteiligten unmittelbar zu gewähren.

Die durch die gewährten Informationsmittel ermöglichte Äußerung der Verfahrensbeteiligten hat das Gericht in jeder Lage des Prozesses anzuhören. Nur wenn sie völlig abwegig ist, kann die Anhörung versagt¹⁾ oder auf einen späteren Zeitpunkt, in dem sie angebracht ist, verschoben werden. Denn der Anspruch aus Art. 103 I GG gibt den Verfahrensbeteiligten nicht das Recht, vor Gericht "ihr Herz ausschütten" zu können. Als Entscheidungsbehörde haben die Gerichte nur über einen bestimmten Sachverhalt zu befinden und keine weiteren Aufgaben wahrzunehmen.

Zu der Anhörungspflicht des Gerichts gehört, daß das von den Parteien Vorgebrachte aufmerksam aufgenommen und bei der Entscheidung berücksichtigt wird²⁾.

1) Die Äußerung muß eben im Zusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen (vgl. Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 41, 42; Hamann, AnwBl 58, 141 ff; BVerwG, DÖV 61, 799; OLG Neustadt, NJW 63, 2087).

2) So allgemein: BVerfGE 11, 218 ff; MDR 63, 26 (NJW 62, 2245); BayVerfGH, NJW 62, 531 und MDR 63, 376; Maunz-Dürig, a. a. O. Rdn. 81; Baur, AcP 153, 393 ff; Jagusch, NJW 59, 265; Hamann, AnwBl 58, 141 ff (er spricht von "zur Kenntnis nehmen" und "in Erwägung ziehen").

A. A. Löwe, S. 245 ff notwendigerweise wegen seines nicht zu billigenden Ausgangspunktes, daß das rechtliche Gehör nur dazu diene, dem Richter den Streitstoff zu unterbreiten.

Speziell gehört hierzu die Aufmerksamkeit des Richters bei den Schlußvorträgen der Parteien. Die Abgrenzung zwischen einer die Aufmerksamkeit ablenkenden Tätigkeit und einer solchen, die nebenher ohne weiteres durchgeführt werden kann, ist im Einzelfall vorzunehmen (vgl. BGHSt 2, 14; 11, 74 ff; NJW 62, 2212). Zu der Frage, ob ein blinder Richter bei der Urteilsfällung mitwirken darf vgl. BGHSt, NJW 62, 2361. Erheblich strenger als die Rechtsprechung geht bei dieser Abgrenzung zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem Maunz-Dürig Rdn. 81 vor. Vgl. im übrigen dazu Seibert, NJW 63, 1044 ff; Baudisch, NJW 60, 135; Lienen, NJW 60, 136.

Andernfalls käme nämlich Art. 103 I GG nur die Rolle eines formellen Grundrechts ohne echte Einflußnahmemöglichkeit zu ¹⁾, obwohl gerade nach dem Sinn und Zweck des Art. 103 I GG den Verfahrensbeteiligten eine einflußnahmeberechtigte Subjektstellung eingeräumt werden soll. Eine Bescheidung jedes einzelnen von den Beteiligten vorgetragenen Arguments in den Entscheidungsgründen ist jedoch untunlich und mit den Aufgaben des Gerichts nicht zu vereinbaren ²⁾. Denn die Gerichte haben nur das Erhebliche zur Grundlage ihrer Entscheidung zu machen ³⁾. Das bedeutet etwa, daß in einem der Klage stattgebenden Zivilurteil erheblich weniger vom vorgetragenen Stoff des Beklagten erörtert werden muß, als bei einer unbegründeten Klage, wo sämtliche Argumente des Klägers, die seinen Anspruch rechtfertigen könnten, erörtert werden müssen.

c) Zusammenfassung

Überblickt man die Erfordernisse, die zur Verwirklichung des Anspruchs auf rechtliches Gehör notwendig sind, so ergibt sich, daß der Aktivität der Verfahrensbeteiligten erheblich mehr Bedeutung zukommt, als der mehr oder weniger ergänzenden und passiven Aufgabe des Gerichts. Denn im Regelfall trägt der Verfahrensbeteiligte die Informationslast, während ihm das Gericht dabei nur zu assistieren hat. Weiterhin hat der Betroffene das Recht, aktiv handelnd seine Ansicht vorzutragen, während das Gericht lediglich passiv seine Ausführungen anhören und überlegen muß, ob sie für die Entscheidung einschlägig sind oder nicht. Daraus folgt, daß bei der Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Schwerpunkt bei den Verfahrensbeteiligten liegt.

Da nach dem Sinn und Zweck des Art. 103 I GG dem Betroffenen überlassen ist, ob er sein Einflußnahmerecht ausüben oder ungenutzt verstreichen lassen will, kann für die Frage, ob im Einzelfall eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor-

1) Vgl. dazu Croissant, NJW 63, 1711 ff, der jedoch das Gebot des Art. 103 I GG überspannt, wenn er meint, Urteile vorzubereiten wäre unstatthaft (ebenso auch OLG Köln, NJW 55, 1291). Insoweit handelt es sich nämlich um noch abänderungsfähige, arbeitserleichternde Entwürfe (so BVerfGE 9, 213; OLG Celle, NJW 57, 1002 (mit zustimmender Anmerkung von Swarzenski, JZ 58, 31); BSG, MDR 59, 793).

2) BayVerfGH, NJW 62, 531; BVerfGH 5, 22 (24); Röhl, NJW 53, 1531 und 58, 1268; Baur, AcP 153, 393 ff; Schultze-Rhonhof, S. 4; Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 81.

Arndts Forderung in NJW 59, 6, er müsse jede vorgetragene Rechtsmeinung im Fall ihrer Ablehnung begründet werden, überspannt daher Art. 103 I GG. Das Gleiche gilt für Schwarz-Kleinknecht, Einl. 1 F c.

3) s. BVerwG, NJW 62, 124.

liegt nicht entscheidend sein, ob die Betroffenen ihre Einflußnahmemöglichkeit ausüben oder nicht. Verletzt ist der Anspruch aus Art. 103 I GG vielmehr nur, wenn die Verfahrensvorschriften die ihnen von Art. 103 I GG abverlangten Aufgaben nicht zu erfüllen vermögen oder wenn das Gericht seine sich aus Art. 103 I GG ergebenden Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt. Das bedeutet, daß für die Frage, ob ein Verstoß gegen Art. 103 I GG vorliegt, gerade der den Gerichten bei der Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör obliegenden Hilfsfunktion entscheidende Bedeutung zukommt.

8. Verfahrenszweck und Einflußnahmebefugnis

Da die Gerichte verpflichtet sind, die Prozeßvorschriften einzuhalten, ist für die Frage, ob eine Verletzung des Art. 103 I GG vorliegt, in den meisten Fällen entscheidend, ob die jeweilige Regelung eines konkreten Verfahrens den Beteiligten ausreichende prozessuale Mittel zur Information und Äußerung zur Verfügung stellt. Fraglich ist, ob diese prozessualen Mittel immer gleich sein müssen und ein für allemal festgelegt werden können oder ob sie je nach Verfahrensart und Verfahrenszweck verschieden sein können und müssen.

a) Zweck der Verfahrensvorschriften

Die einzelnen Verfahrensregelungen dienen jeweils einem ganz bestimmten Zweck. Sie zeigen den Weg und enthalten die sachgemäßen prozessualen Mittel zur Verwirklichung eines materiellen Rechtsanspruchs. Dabei kann unterstellt werden, daß die Zielsetzung in den einzelnen Verfahrensarten durch optimal geeignete Prozeßvorschriften angestrebt wird. Deshalb sind auch die mannigfachen Verfahrensarten mit ihren spezifischen prozessualen Mitteln im Interesse an einer geordneten Rechtspflege notwendig.

Andererseits verlangt Art. 103 I GG als eine in Verfassungsrang stehende Verfahrensnorm, daß jede Verfahrensart nicht nur dem ihr wesenseigenen Verfahrenszweck, sondern auch dem Anspruch auf rechtliches Gehör durch Bereitstellung zweckentsprechender Vorschriften gerecht wird. Die prozessualen Regelungen dürfen deshalb nicht nur der sachgemäßen Durchsetzung eines materiellen Rechtsanspruchs dienen, sondern müssen auch den Prozeßbeteiligten die Möglichkeit eröffnen, eine umfassende Einflußnahme auf die Entscheidung des Gerichts auszuüben. Infolge dessen müssen die Prozeßvorschriften den Verfahrensbeteiligten eine Subjektstellung im Prozeß einräumen. Ihr Zweck darf unter keinen Umständen darauf ausgerichtet sein, eine Einflußnahmeberechtigung der Betroffenen auszuschließen. Sie müssen vielmehr die zur Herbeiführung einer Entscheidung optimal geeigneten, zweckgebundenen sachlichen Mittel bereitstellen, aber außerdem auch so gestaltet sein, daß eine umfassende Einflußnahmemöglichkeit durch die Prozeßbeteiligten gewährleistet ist. Ein Verfahrensrecht, das aufgrund des von

ihm verfolgten Zwecks eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung der Verfahrensbeteiligten im Prozeß gänzlich ausschließt, widerspricht Art. 103 I GG und ist deshalb verfassungswidrig.

b) Die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Sachdienlichkeit

Da die verfahrensgesetzlichen Regelungen sowohl dem jeweils von ihnen angestrebten Verfahrenszweck, als auch dem Gebot des Art. 103 I GG gerecht werden müssen, verfolgter Verfahrenszweck und Subjektstellung der Beteiligten aber häufig einander entgegenstehen, fragt es sich, wie diese Konfliktslage gelöst werden muß. Ausgangspunkt bei dieser Überlegung muß die Erkenntnis sein, daß die Anforderungen eines geordneten Verfahrens ebenso beachtet werden müssen wie die des Art. 103 I GG, so daß die Lösung nicht mit Hilfe einer generellen Über- oder Unterordnung der einen oder anderen Komponente erreicht werden kann. Es muß vielmehr eine Lösung gefunden werden, die in optimaler Weise beiden Notwendigkeiten gerecht wird.

Bei der vorzunehmenden Prüfung ist zu untersuchen, ob Art. 103 I GG die wünschenswerte Modifikation des Anspruchs auf rechtliches Gehör überhaupt zuläßt. Fraglich ist dies deshalb, weil der Wortlaut des Art. 103 I GG keine Grundrechtsbegrenzung enthält. Mithin kann der Anspruch auf rechtliches Gehör nur insoweit beschränkt werden, als ihm die Verfassung selbst Grenzen setzt.

Als Grundrechtsbegrenzung für Art. 103 I GG kommen nur sog. "konkurrenzlösende Normen" in Betracht ¹⁾, d. h. Normen, die die zwischen Art. 103 I GG und anderen Grundrechtsbestimmungen bestehende Konkurrenz lösen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör steht nicht unabhängig neben anderen Grundrechtsnormen. Er konkurriert vielmehr - wie oben bereits ausgeführt - mit der in den Art. 92 und 96 GG statuierten funktionsfähigen Rechtspflege. Die volle Ausnutzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch den Begünstigten kann in unmittelbarem Gegensatz zu den Belangen einer sinnvollen Rechtspflege treten, ohne daß die Verfassung ausdrücklich klärt, welche Norm vorgeht.

Es fragt sich mithin, welche allgemeinen grundrechtsbegrenzenden Normen das Grundgesetz kennt, um die Konkurrenz des Art. 103 I GG mit anderen Grundrechtsnormen zu lösen. In Betracht kommen hierfür "Grundsatznormen, die eine stetige Bemühung um Aufrechterhaltung sachgebundener Ordnungen fordern" ²⁾, also etwa die Schaffung und Aufrechterhaltung einer übersichtlich arbeitenden funktionsfähigen Rechtspflege verlangen. Sie beruhen auf soziologisch bedingten Direktiven der Verfassung und "verlangen einen stetigen staatlichen Vollzug des

1) Vgl. Lerche, S. 98 ff, S. 125 ff, dessen grundlegende Ausführungen übernommen werden.

2) Vgl. Lerche, S. 64 ff, auf dessen tiefgreifende Erörterung verwiesen wird.

sich immer wieder neu aktualisierenden Verfassungsauftrags" ¹⁾. Sie gehören zu einem selbständigen, "dirigierenden" ²⁾ Teil der Verfassung und sind mithin bei der näheren Ausgestaltung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu beachten. Bedeutung erlangen bei dieser Aufgabe die allgemeinen grundrechtsbegrenzenden Normen des Übermaßverbots ³⁾ und der Geeignetheit ⁴⁾.

Zu prüfen ist, ob beide Elemente des Übermaßverbots, das sind die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, zur Lösung der Konkurrenz zwischen den Verfassungsnormen des Art. 103 I GG einerseits und der Art. 92 und 96 GG andererseits, herangezogen werden können. Dies ist zu verneinen, da der Gedanke der Erforderlichkeit einen Eingriff in einen bestimmten Rechtsbezirk bis zu dem Grad, der zur Zweckerreichung unbedingt notwendig ist, voraussetzt, während bei der Auflösung einer Konkurrenz zwischen mehreren Rechtsbezirken gerade in beide Gebiete eingegriffen werden muß, ohne daß die Frage nach dem geringstmöglichen Eingriff aus der Sicht eines Verfassungsbezirks beantwortet werden könnte und dürfte. Eine Schlichtung sich widerstreitender Grundrechtsbestimmungen ist daher mit Hilfe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ⁵⁾ vorzunehmen. Dies hat durch eine auf das Mittel-Zweck-Verhältnis bezogene Güterabwägung zu geschehen ⁷⁾.

Ansatzpunkte dieser Abwägung müssen die von der Verfassung gesetzten Ziele einerseits und die zur Realisierung dieser Ziele notwendigen Opfer andererseits sein. Das bedeutet für den zu lösenden Konflikt, daß als optimales Ziel die Gewährung einer umfassenden Einflußnahmemöglichkeit für den von einer nachteiligen Entscheidung Betroffenen, sowie die Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Rechtspflege angestrebt werden muß. Andererseits müssen jedoch gerade diese Ziele auch als Gegenstand einer möglichen Einschränkung im Interesse des einen

1) Vgl. Lerche, S. 64.

2) Vgl. Lerche, S. 64.

3) Vgl. Lerche, S. 76.

4) Vgl. Lerche, S. 77 ff.

5) Vgl. Lerche, S. 152, wo er allerdings auch davon spricht, daß "die Konfliktlösung in das Kraftfeld der Erforderlichkeiten der einen und der anderen Rechtsphäre eingespannt sei". Der damit bezeichnete Raum umschreibt aber nichts anderes als das Gebiet, innerhalb dessen mit Hilfe des Grundsatzes von der Verhältnismäßigkeit die Konfliktsschlichtung vorgenommen werden muß.

6) Nach BVerwGE 5, 50 (52) ist der Grundsatz der "Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme zu den diese Maßnahme bestimmenden Faktoren . . . fast zu einem dem Gleichheitsgrundsatz entsprechenden Grundrecht erhoben worden".

7) Vgl. Lerche, S. 22.

oder anderen Ziels betrachtet werden. Für die Interpretation des Art. 103 I GG folgt hieraus, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör insoweit und nur insoweit beschränkt werden darf und muß, als dies die Aufrechterhaltung einer geordneten Rechtspflege unter dem Blickpunkt des verfolgten Verfahrenszwecks erfordert. Dies ist nur dann der Fall, wenn der jeweilige Verfahrenszweck für die Aufrechterhaltung und sinnvolle Durchführung der Rechtspflege eine unabwiesbare Notwendigkeit darstellt. Es ist mithin in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Modifizierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör unter dem Aspekt des jeweiligen Verfahrenszwecks angemessen ist oder nicht.

Dieselbe Abwägung, jedoch aus der entgegengesetzten Sicht, ist vorzunehmen, wenn untersucht wird, ob und inwieweit die Bedürfnisse einer geordneten Rechtspflege hinter die Erfordernisse des Anspruchs auf rechtliches Gehör zurückgestellt werden müssen. In diesem Fall darf durch die Art und Weise der Gewährung rechtlichen Gehörs die Verfolgung eines Verfahrenszwecks, der im Rahmen einer geordneten Rechtspflege unverzichtbar ist, nur in angemessener Weise erschwert werden.

Die mit Hilfe der konkurrenzlösenden Norm der Verhältnismäßigkeit vorgenommene Konfliktsschlichtung zwischen dem Anspruch auf rechtliches Gehör und den Bedürfnissen einer geordneten Rechtspflege zeigt, daß für die Bemessung des Umfangs, sowie die Art und Weise der Schlichtung ein Spielraum besteht. Wie innerhalb dieses Spielraums zu verfahren ist, schreibt die Verfassung nicht vor; sie schließt vielmehr den Kreis ihrer eigenen Bemessungen in der dargelegten Weise grundsätzlich ab¹⁾ und überläßt es dem Gesetzgeber, innerhalb des abgesteckten Rahmens dafür zu sorgen, daß die Verfahrensbeteiligten nicht zu Objekten des Verfahrens degradiert werden.

Durch Beiziehung des ebenfalls dem dirigierenden Teil der Verfassung angehörenden Grundsatzes der Geeignetheit kann lediglich noch geklärt werden, mit welcher Art von Mitteln der mit Hilfe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ermittelte Bemessungsspielraum auszufüllen ist. Die zur Gewährung einer umfassenden Einflußnahme und zur Herbeiführung bzw. Aufrechterhaltung einer geordneten Rechtspflege erforderlichen Mittel müssen zwecktauglich sein, d. h. eine sinnvolle Einflußnahme durch den Betroffenen im Rahmen der jeweiligen Prozeßart zulassen. Da die Eröffnung einer Einflußnahmemöglichkeit ihrer Natur nach auf die Kommunikationsmittel beschränkt ist, führt die Beachtung des Grundsatzes der Geeignetheit in der Regel dazu, eine Koordination zwischen dem Mittel der GehörsGewährung und der jeweiligen Verfahrensart herbeizuführen. Das bedeutet, daß das Einflußnahmemittel seiner Art nach in das Gefüge und in die Struktur des jeweiligen Verfahrens passen, d. h. sachdienlich sein muß.

1) Vgl. Lerche, S. 130.

Neben dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt daher der Grundsatz der Sachdienlichkeit den Umfang und die Art des Mittels, das den Betroffenen zur Eröffnung einer Einflußnahmemöglichkeit bereitgestellt werden muß. Beide vom Grundgesetz vorausgesetzte Grundsatznormen sind heranzuziehen, um die Konkurrenz zwischen dem Anspruch auf rechtliches Gehör und den Bedürfnissen einer geordneten Rechtspflege aufzulösen. Mit ihrer Hilfe ist es möglich, den seinem Wortlaut nach scheinbar unbegrenzten Umfang des Art. 103 I GG zu bestimmen und dem Anspruch auf rechtliches Gehör konkrete und praktikable Gestalt zu verleihen.

c) Variabilität des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Wird davon ausgegangen, daß die Verfahrensregelungen sowohl die verhältnismäßigen als auch die sachdienlichen prozessualen Mittel für die Ausübung einer wirksamen Einflußnahmemöglichkeit bereitstellen müssen und wird außerdem berücksichtigt, daß die einzelnen Verfahren durchaus verschiedene legitime Zwecke verfolgen können, so ergibt sich zwangsläufig, daß die Art und Weise der Einflußnahmebefugnis von Verfahren zu Verfahren ebenfalls verschieden sein muß. Denn die gegenseitige Bedingtheit von Sachdienlichkeit und Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Gestaltung der Verfahrensvorschriften bewirkt, daß das verhältnismäßige Mittel nur unter Beachtung des jeweiligen Verfahrenszwecks und des Grundsatzes von Art. 103 I GG bestimmt werden kann. Ein Abwägen zwischen beiden Elementen ist daher erforderlich, bis sich schließlich eine Regelung herauskristallisiert, die sowohl dem Gebot des Art. 103 I GG als auch dem konkreten Verfahrenszweck in optimaler Weise gerecht wird. Das bedeutet, daß Art. 103 I GG nicht isoliert vom jeweiligen Verfahrenszweck betrachtet werden kann und daß nicht generell bestimmt werden kann, welche einzelnen prozessualen Mittel den Verfahrensbeteiligten zur Einräumung einer einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung zur Verfügung gestellt werden müssen. Dies kann sich vielmehr erst am Einzelfall entscheiden.

Immerhin läßt sich aufgrund der vorgenommenen Überlegungen allgemein feststellen, daß die einzuräumenden Einflußnahmemöglichkeiten sowohl hinsichtlich ihrer Art und Weise als auch hinsichtlich ihres Zeitpunktes modifiziert werden können und müssen.

So muß z. B. rechtliches Gehör nicht unbedingt mündlich gewährt werden. Es kann vielmehr bei einzelnen Verfahren sachdienlich sein, den Beteiligten eine schriftliche Einflußnahmemöglichkeit zu eröffnen, sofern nur diese geringfügige Modifizierung der Subjektstellung in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Verfahrenszweck steht¹⁾. Weiterhin kann es durchaus sachdienlich

1) Art. 103 I GG begründet nicht das generelle Recht auf eine mündliche Verhandlung (vgl. BVerfGE, 5, 9; 7, 95; 11, 232 (234); BGH, FamRZ 61, 208 ff; Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 72).

sein, daß der Betroffene nicht in Person, sondern nur über einen Anwalt die ihm zustehende Einflußnahmebefugnis ausüben darf. Die Rechtsunkenntnis und Ungeschicklichkeit eines juristischen Laien kann nämlich unter gewissen Voraussetzungen einen Anwaltszwang vor Gericht im Interesse des Betroffenen geradezu gebieten. Es kann deshalb auch nicht als eine unzulässige, weil unverhältnismäßige Schmälerung der Einflußnahmebefugnis des Betroffenen angesehen werden, wenn er vor Gericht seine Interessen nur über einen Rechtsanwalt wahrnehmen darf ¹⁾.

Nach Sinn und Zweck des Art. 103 I GG ist die Einflußnahmemöglichkeit zu gewähren, bevor die anstehende Gerichtsentscheidung ergeht. Es sind jedoch auch Fälle denkbar, bei denen sich der Zeitpunkt, in dem die Einflußnahmemöglichkeit eröffnet wird, aus sachdienlichen Gründen verschiebt. So müssen z.B. eilbedürftige und mit einem Überraschungseffekt versehene Anordnungen des Gerichts ohne vorherige Anhörung des Betroffenen ergehen, da andernfalls der Zweck der Maßnahme vereitelt würde ²⁾. Wäre der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung der Betroffenen allerdings endgültig, so würde ein derartiges Vorgehen gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels und damit gegen Art. 103 I GG verstoßen. Die Sachdienlichkeit des Mittels würde nämlich in diesem Fall so stark überwiegen, daß sich der Betroffene gegen die sich nachhaltig und nachteilig auswirkende Entscheidung des Gerichts überhaupt nicht, also auch nicht verhältnismäßig zur Wehr setzen könnte. Deshalb dürfen derartige Eilentscheidungen nur von vorläufiger Art sein und müssen ihre beeinträchtigende Wirkung entweder automatisch wieder von selbst verlieren oder aber vom Betroffenen alsbald beseitigt werden können. Haftet den Eilentscheidungen eine Beeinträchtigungswirkung nur im Augenblick ihrer Durchführung an, fällt diese jedoch später sofort wieder weg ³⁾, so bedarf es der Gewährung einer nachträglichen Einflußnahme-

Fortsetzung der Fußnote 1 von Seite 68:

A. A. offenbar Arndt, NJW 62, 1660 (1661 ff), wenn er es mit Art. 103 I GG für unvereinbar hält, daß im Rahmen einer Grundsatzrevision gleichartige Fälle in Beschlußform erledigt werden können sollen. Er erkennt, daß zur Entlastung des Gerichts eine derartige Regelung geradezu notwendig ist.

1) Vgl. BayVerfGH 6, 136 (142); Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 75; Ule, DVBl 59, 537 (541 ff).

Ob in Verfahren mit Anwaltszwang grundsätzlich das Armenrecht zu bewilligen ist, ist keine Frage des Art. 103 I GG, sondern der Art. 3 I und 20 I GG (vgl. BVerfGE 1, 109; 2, 336; 9, 124 ff; Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 75 und 76; Ule, DVBl 59, 537 (541 ff)).

2) Etwa bei Anordnung eines Haftbefehls, Arrestes, einer einstweiligen Verfügung, Beschlagnahme, Durchsuchung, Eilentscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw.

3) Etwa bei einer Hausdurchsuchung.

möglichkeit für den Betroffenen nicht mehr, da die sofortige Durchführung der Maßnahme sachdienlich ist und eine Beseitigung der ursprünglich entstandenen momentanen Beeinträchtigung nicht mehr notwendig ist. Dauert dagegen die Beeinträchtigung noch nach Durchführung der gerichtlichen Entscheidung an, dann muß dem Betroffenen eine Möglichkeit gegeben werden, auf die baldige Aufhebung der vorläufigen Anordnung hinwirken zu können. Sonst würde gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels verstoßen. Die erforderliche Einwirkungsmöglichkeit wird dem Betroffenen am zweckmäßigsten durch die Gewährung sogenannten nachträglichen rechtlichen Gehörs vor dem Gericht, das die vorläufige Maßnahme angeordnet hat, eingeräumt. Dadurch erhält der Betroffene eine verhältnismäßige Einflußnahmemöglichkeit, um ohne Instanzverlust auf die Aufhebung der vorläufigen Maßnahme hinwirken zu können ¹⁾.

d) Zusammenfassung

Die prozessualen Mittel die von den Prozeßgesetzen zur Gewährung einer einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung für die Verfahrensbeteiligten zur Verfügung gestellt werden müssen, können je nach der in Frage kommenden Verfahrensart verschieden sein. Sie unterliegen den Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Sachdienlichkeit des Mittels ²⁾.

Die gebotene Modifikation des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Hinblick auf eine Berücksichtigung des angestrebten Verfahrenszwecks läuft nicht auf eine Erschwerung der richtig verstandenen Einflußnahmemöglichkeit hinaus. Die Anpassung der prozessualen Mittel an den Verfahrenszweck wirkt sich vielmehr für die Beteiligten in den meisten Fällen günstig aus. Denn nicht jedes prozessuale Mittel ist für eine Einflußnahme auf das Verfahren gleich gut geeignet. Das geeignetste Mittel bei der Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist vielmehr immer dasjenige, das den Besonderheiten des Verfahrenszwecks angepaßt ist. Die den Prinzipien der Sachdienlichkeit und Verhältnismäßigkeit entsprechenden prozessualen Mittel berücksichtigen deshalb nicht nur den jeweiligen Verfahrenszweck, sondern auch die Interessen der Verfahrensbeteiligten. Denn Art. 103 I GG stellt an die Ausformung der Verfahrensregelungen ebenso Anforderungen wie die jeweiligen Verfahrenszwecke an die Ausgestaltung der Einflußnahmemöglichkeit. Weder der Verfahrenszweck noch die Subjektstellung des Verfahrensbeteiligten darf vor- oder nachrangig angesehen werden. Beide Elemente sind essentielle Bestand-

1) Vgl. Schwarz-Kleinknecht, Einl. 1 F f.

A. A. Löwe, S. 221 ff, weil er bei der Interpretation des Art. 103 I GG den Verfahrenszweck außer acht läßt.

2) Eine derartige Abwägung ist selbst bei einer Norm, die im Hinblick auf Art. 103 I GG geschaffen wurde (§ 308 I StPO) zulässig und notwendig, um der Norm ihre Sachdienlichkeit zu erhalten (vgl. KMR § 308 Nr. 3 b; a. A. Eb. Schmidt II § 308 Rdn. 7).

teile eines rechtsstaatlichen Gerichtsverfahrens. Sie verfolgen normalerweise trotz ihrer verschiedenen Ausgangsposition in ihrem Zusammenwirken den gleichen Zweck. Sie wollen nämlich beide ermöglichen, daß in einem geordneten Gerichtsverfahren eine richtige Entscheidung gefällt werden kann.

VI. ERGEBNIS DES INTERPRETATIONSVERSUCHS

1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet, daß den Verfahrensbeteiligten eine umfassende einflußnahmeberechtigende Subjektstellung im Prozeß eingeräumt wird.
2. Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird dadurch gewährt, daß die Verfahrensregelungen sachdienliche und verhältnismäßige prozessuale Mittel, mit deren Hilfe die Prozeßbeteiligten auf das Verfahren einen Einfluß nehmen können, enthalten.
3. Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird verletzt, wenn die Verfahrensregelungen die zu einer wirksamen Einflußnahme der Beteiligten erforderlichen prozessualen Mittel nicht enthalten.

B E S O N D E R E R T E I L

DER ANSPRUCH AUF RECHTLICHES GEHÖR IM STRAFVERFAHREN

V O R B E M E R K U N G

Nachdem im "Allgemeinen Teil" untersucht wurde, was unter dem Anspruch auf rechtliches Gehör zu verstehen ist, soll im "Besonderen Teil" geprüft werden, inwieweit die bestehenden Regelungen der Strafprozeßordnung dem Gebot des Art. 103 I GG genügen. Untersuchungsgegenstand des "Besonderen Teils" ist daher eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit der einzelnen Verfahrensregelungen im Hinblick auf Art. 103 I GG. Die vorzunehmende Untersuchung hat sich dementsprechend mit folgenden Fragen zu befassen:

1. Gewähren die einzelnen Verfahrensregelungen den Verfahrensbeteiligten die verhältnismäßigen und sachgerechten prozessualen Mittel, die zu einer echten Einflußnahmemöglichkeit auf den Prozeß notwendig sind?
2. Welche prozessualen Regelungen müssen und können unter dem Aspekt des Art. 103 I GG verfassungskonform ausgelegt werden?
3. Welche Gelegenheiten zur Einflußnahme muß der entscheidende Richter im Weg einer verfassungskonformen Lückenausfüllung den Prozeßbeteiligten unmittelbar aus Art. 103 I GG gewähren, falls eine Verfahrensordnung den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht umfassend regelt und wie müßte eine Neuregelung aussehen?
4. Gibt es Verfahrensbestimmungen, die wegen Verstoßes gegen Art. 103 I GG verfassungswidrig sind und deshalb nicht angewendet werden dürfen?

Ergibt die vorrangig zu behandelnde Frage eins, daß die untersuchte Verfahrensregelung den Anforderungen des Art. 103 I GG nicht genügt, müssen die Fragen zwei bis vier unter dem Gesichtspunkt der verfassungskonformen Auslegung bzw. Lückenausfüllung ¹⁾ behandelt werden. Hierbei ist zunächst zu prüfen, ob die untersuchte Regelung nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen verschiedene Deutungen zuläßt, oder ob sie nach ihrem Sinn und Wortlaut nur eine bestimmte Bedeutung haben kann. Läßt die Vorschrift neben anderen Auslegungsmöglichkeiten eine Auslegung zu, die mit den zu Art. 103 I GG entwickelten Grundsätzen in Einklang steht, so ist dieser Auslegung der Vorrang einzuräumen ²⁾. Die fragliche Norm ist in diesem Fall nicht verfassungswidrig ³⁾, sondern vom entscheidenden

1) Vgl. die zusammenfassende Darstellung des Problemkreises bei Schack und Michel, JuS 61, 269 ff.

2) Vgl. BVerfGE 8, 38 (41); 8, 210 (221).

3) Vgl. BVerfGE 2, 266 (282).

Richter so anzuwenden, daß sie dem Begünstigten eine umfassende Einflußnahemöglichkeit eröffnet ¹⁾.

Läßt der Wortlaut und Sinn einer Regelung nur eine Auslegung zu, die im Hinblick auf Art. 103 I GG verfassungswidrig ist, so darf ihr mit Hilfe einer verfassungskonformen Auslegung kein entgegengesetzter, dem Gebot des rechtlichen Gehörs genügender Sinn gegeben werden. In diesen Fällen ist vielmehr die Grenze der verfassungskonformen Auslegung erreicht, ²⁾ Der entscheidende Richter darf daher eine derartige Regelung nicht - und zwar auch nicht in abgeänderter Form - anwenden. Er muß vielmehr die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen ³⁾, da er sonst unzulässigerweise in die Befugnisse des Gesetzgebers eingreifen würde.

Ergibt die Untersuchung, daß eine Verfahrensregelung weder eine positive noch eine negative Aussage über die Gewährung eines Anspruchs auf rechtliches Gehör für die Verfahrensbeteiligten enthält, so ist im Weg einer verfassungskonformen Lückenausfüllung eine Gesetzesberichtigung vorzunehmen, ⁴⁾ Infolge des Schweigens der gesetzlichen Regelung zu der Einräumung einer Einflußnahemöglichkeit wird in diesen Fällen zur Frage der Gewährung rechtlichen Gehörs keine eindeutige Stellung genommen. Die lückenhafte gesetzliche Regelung ist vielmehr insoweit mehrdeutig. Diese Mehrdeutigkeit ist auszuräumen, indem der objektive Prozeßgrundsatz des Art. 103 I GG durch den entscheidenden Richter in der geschilderten Art und Weise unmittelbar angewandt wird.

Es zeigt sich, daß von dem entscheidenden Richter ein verfassungsgerechtes Judizieren unmittelbar in den Fällen verlangt wird, in denen die gesetzliche Regelung im Hinblick auf Art. 103 I GG mangelhaft ist, weil sie mehrdeutig ist, oder zur Frage einer Einflußnahemöglichkeit für die Prozeßbeteiligten schweigt. In den Fällen, in denen die gesetzliche Regelung nach ihrem Sinn und Wortlaut den Anforderungen des Art. 103 I GG dagegen widerspricht, darf der entscheidende Richter Art. 103 I GG nicht unmittelbar anwenden.

Im Folgenden wird nicht die Frage erörtert, ob in einem konkreten Prozeß Art. 103 I GG verletzt wurde und ob wegen dieser Verletzung eine Verfassungsbeschwerde zulässig ist. Eine derartige Falluntersuchung ist in dem abgesteckten Rahmen

1) So ist im Zivilrecht etwa § 2360 II BGB als Sollvorschrift nicht mehr mit Art. 103 I GG vereinbar. Die materiell Beteiligten müssen vielmehr vor einer Erbscheinserteilung immer gehört werden (BayOLGZ, DNotZ 61, 155 und OLG Köln, NJW 62, 1727 (1729). Das gleiche gilt für die Kannvorschrift des § 337 ZPO (LAG Düsseldorf, NJW 62, 365).

2) Vgl. BVerfGE 8, 28.

3) Über Art. 100 GG.

4) Vgl. dazu Michel, JuS 61, 269 (280).

unmöglich, da nicht vorauszusehen ist, wann ein Richter eine mit Art. 103 I GG zusammenhängende prozessuale Bestimmung nicht oder unrichtig anwendet und wann die ergangene Entscheidung auf einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör beruht. Geprüft werden kann lediglich, inwieweit die vorhandenen Verfahrensvorschriften abstrakt gesehen Art. 103 I GG genügen und welche Folgerungen zu ziehen sind, wenn der Anspruch auf rechtliches Gehör unzureichend geregelt ist. Im Folgenden wird daher untersucht, ob die Regelung der Einflußnahmemöglichkeit für die Verfahrensbeteiligten in der Strafprozeßordnung den Anforderungen des Art. 103 I GG gerecht wird.

Die Fülle der im Strafverfahren möglichen Gerichtsentscheidungen macht es notwendig, den Schwerpunkt der Untersuchung auf Problemkreise zu legen, bei denen es zweifelhaft ist, ob die vorgesehene prozessuale Regelung dem Gebot des Art. 103 I GG genügt. Es werden daher zuerst diejenigen Verfahrensarten innerhalb des Strafprozesses, bei denen entweder rechtliches Gehör nicht eingeräumt werden muß, oder bei denen nach der geltenden gesetzlichen Regelung eine ausreichende einflußnahmeberechtigende Subjektstellung den Betroffenen eingeräumt wird, relativ kurz behandelt (1. Abschnitt). In einem folgenden 2. Abschnitt werden dann ausführlich diejenigen Problemkreise untersucht, bei denen die geltenden Verfahrensvorschriften dem Gebot des Art. 103 I GG nicht gerecht werden.

ERSTER ABSCHNITT

VERFAHRENSREGELUNGEN DIE DEN ANFORDERUNGEN DES ART. 103 I GG GENÜGEN

I. GERICHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN OHNE BEEINTRÄCHTIGENDE WIRKUNG

Keiner eingehenden Erörterung bedürfen diejenigen im Strafprozeß möglichen gerichtlichen Entscheidungen, bei deren Zustandekommen eine Einflußnahmemöglichkeit den Prozeßbeteiligten nicht eingeräumt werden muß. Dies ist dann der Fall, wenn eine gerichtliche Entscheidung keine beeinträchtigende Wirkung auf die Rechtsstellung der Beteiligten haben kann und mithin die Prozeßbeteiligten auch kein Interesse haben können, einflußnahmeberechtigt am Zustandekommen dieser Entscheidungen mitzuwirken.

1. Wertneutrale Entscheidungen prozeßtechnischer Art

Gerichtliche Entscheidungen, die die Aufgabe haben, das Strafverfahren in Gang zu bringen oder in geordnete Bahnen zu lenken, sind ihrem Wesen nach technischer Art. Die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten wird durch sie weder begünstigt, noch beeinträchtigt. Sie sind vielmehr hinsichtlich ihrer Wirkung auf die Rechtsstellung der Beteiligten wertneutral und können mithin keinen beeinträchtigenden Einfluß auf die den Verfahrensbeteiligten zustehende Subjektstellung im Prozeß ausüben. Das bedeutet, daß derartige Gerichtsentscheidungen ohne Gewährung rechtlichen Gehörs für die Prozeßbeteiligten ergehen dürfen ¹⁾.

Unter diese Gruppe von Gerichtsentscheidungen fallen insbesondere solche, die die sachliche, funktionelle und örtliche Zuständigkeit der Gerichte regeln ²⁾. Es kann daher z.B. ohne Mitwirkungsmöglichkeit der Prozeßbeteiligten die Verbindung oder Trennung zusammengehörender Sachen ³⁾, die Zuständigkeit beim Zusammentreffen mehrerer Gerichtsstände ⁴⁾, die Verweisung einer Sache ⁵⁾, die Bestellung eines Untersuchungsrichters ⁶⁾, die Übertragung der nachträglichen Entscheidungsbefugnis ⁷⁾, aber auch die Terminsanberaumung ⁸⁾ usw. beschlossen werden, ohne daß damit gegen Art. 103 I GG verstoßen würde ⁹⁾.

1) Ebenso Schwarz-Kleinknecht, Einl. 1 F f.

2) Gerichtliche Entscheidungen über die personelle Besetzung eines Gerichts besitzen dagegen nicht nur technischen Charakter. Sie wirken sich vielmehr, wie bei der Untersuchung des Ablehnungsverfahrens näher erörtert wird, mittelbar auf die Rechtsstellung der Beteiligten aus.

3) §§ 2 ff StPO.

4) §§ 12 ff StPO.

5) § 270, § 429 d StPO, aber auch § 209 StPO.

6) §§ 185, 186 StPO.

7) § 453 II 2 StPO.

8) Etwa § 213 StPO. Dabei sind allerdings die einzelnen Fristen zu beachten, da deren Einhaltung einen wesentlichen Bestandteil der Einflußnahmemöglichkeit darstellt. U.U. wird die gesetzliche Frist aus Gründen des Art. 103 I GG bei besonders gelagerten Fällen sogar zu verlängern sein (vgl. Allgem. Teil, 2. Abschn. V 6).

9) Als rechtlich relevante Beeinträchtigung kann nicht angesehen werden, daß durch die Entscheidung des Gerichts der Rechtsstreit möglicherweise vor einem für den Angeklagten örtlich ungünstig gelegenen, oder vor einem in einer bestimmten Angelegenheit als "angeklagtenfeindlich" bekannten Gericht anhängig wird. Derartige außerrechtliche Erscheinungen werden entweder vom Gesetz für zumutbar gehalten oder aber gar nicht gewollt. Sie können deshalb auch nicht eine rechtlich beachtliche Beeinträchtigung der Rechtslage der Prozeßbe-

2. Gerichtsentscheidungen vorbereitender Art

Unangetastet bleibt die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten weiterhin durch Gerichtsentscheidungen, die die Sachentscheidung lediglich vorbereiten und nur einen sichernden, für die Sachentscheidung aber keinen vorentscheidenden oder gar ausschlaggebenden Charakter besitzen.

Derartige Gerichtsentscheidungen und richterliche Handlungen kommen häufig im Ermittlungsverfahren vor. Es handelt sich dabei um richterliche Akte im Rahmen der Durchführung richterlicher Untersuchungshandlungen ¹⁾ und der gerichtlichen Voruntersuchung ²⁾. Diese richterlichen Handlungen dienen ebenso wie das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren nicht der Klärung der Tat oder Schuldfrage. Sie sollen vielmehr nur Klarheit darüber bringen, "ob gegen eine bestimmte Person wegen einer bestimmten strafbaren Handlung ein solcher Verdacht besteht, daß es rechtsstaatlich verantwortet werden kann, sie vor ein erkennendes Gericht zu stellen und sie all dem auszusetzen, was eine öffentliche Hauptverhandlung für einen Staatsbürger bedeutet" ³⁾. Die Ermittlungstätigkeit wird also in der Regel nur deshalb durchgeführt, um klären zu können, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder der Angeschuldigte außer Verfolgung zu setzen ist. Das bedeutet, daß im Normalfall die Ermittlungsergebnisse grundsätzlich nur etwas Unfertiges und Vorläufiges darstellen. Sie wirken aufgrund der Pflicht des in der Hauptsache entscheidenden Gerichts, selbständig die Wahrheit von Amts wegen durch unmittelbare Beweisaufnahme zu erforschen ⁴⁾, nicht in die Hauptverhandlung hinein. Eine Benachteiligung der Prozeßbeteiligten kann deshalb durch richterliche Entscheidungen im Rahmen der Ermittlungstätigkeit nicht herbeigeführt werden, solange die Entscheidungen nicht über den prozessualen Raum hinauswirken und solange sie nicht unmittelbar in die verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitssphäre der Beteiligten eingreifen ⁵⁾ oder die prozessuale Rechtslage der Beteiligten durch

Fortsetzung der Fußnote 9 von Seite 75:

teiligten, die zur Gewährung rechtlichen Gehörs nötigen würde, herbeiführen. Vom Gesetz nicht beabsichtigten, faktisch vorhandenen, außergesetzlichen Mißständen muß durch zweckentsprechende Maßnahmen abgeholfen werden. Die Gewährung rechtlichen Gehörs ist dafür ungeeignet.

- 1) §§ 162 ff StPO und entsprechend bei § 165 StPO, wenn der Amtsrichter als Notstaatsanwalt tätig wird.
- 2) §§ 178 ff StPO. Ebenso im Beweissicherungsverfahren gegen abwesende Beschuldigte (§ 285 ff StPO).
- 3) Eb. Schmidt II. Vorbem. § 158 Rdn. 4.
- 4) §§ 244, 261 StPO zeigen, daß das entscheidende Gericht nicht an das Ergebnis der Ermittlungen aus der Voruntersuchung bei seiner Sachentscheidung gebunden ist.
- 5) Etwa durch die Anordnung einer Untersuchungshaft, durch welche unmittelbar in die Rechtsstellung des Betroffenen benachteiligend eingegriffen wird.

eine Schmälerung ¹⁾ oder Vereitelung ²⁾ der Einflußnahmemöglichkeit nachteilig berühren.

Aus dieser Erkenntnis folgt, daß den Prozeßbeteiligten keine prozessuale Möglichkeit zur Ausübung eines Anspruchs auf rechtliches Gehör gegeben werden muß, wenn das Gericht über die Zulässigkeit einer beantragten Untersuchungshandlung ³⁾, über die Eröffnung der Voruntersuchung ⁴⁾ oder über die Einleitung eines Beweis-sicherungsverfahrens gegen einen Abwesenden ⁵⁾ entscheidet und anschließend nur ermittelnde Tätigkeiten mit vorläufigem Charakter vorgenommen werden. Denn einmal ist die Tatsache, daß jemand von einer richterlichen Untersuchungshandlung betroffen wird ebensowenig diskriminierend und beeinträchtigend, wie wenn die Ermittlungen von der Staatsanwaltschaft vorgenommen würden ⁶⁾, und zum

-
- 1) Wenn etwa die Staatsanwaltschaft eine richterliche Handlung beantragt, die nur vom Richter, nicht aber von ihr selbst (z.B. Verteidigung eines Zeugen (nach § 66 StPO)) vorgenommen werden kann, oder wenn der Beschuldigte die Vor-nahme beweissichernder Maßnahmen beantragt (§§ 166 I, 190 II StPO). Eine Anordnung des Gerichts nach § 202 StPO kann für die Prozeßbeteiligten keine Schmälerung ihres Einflußnahmerechts mit sich bringen, da das Gericht eine Voruntersuchung bzw. eine einzelne Beweiserhebung erst anordnen darf, wenn weder die Staatsanwaltschaft noch der Angeschuldigte von ihren diesbe-züglichen Rechten Gebrauch gemacht haben (Eb. Schmidt II, § 202 Rdn. 5 und KMR, § 202 Nr. 2). Anordnungen nach § 202 StPO sind also erst möglich, wenn die Prozeßbeteiligten ihre Einflußnahmemöglichkeit ungenutzt verstreichen ließen und keine Aktivität entfalteten.
 - 2) Wenn eine vorweggenommene Beweisaufnahme nach §§ 162, 169 bzw. 178 ff i. V. m. 193, 195 StPO stattfindet, die in der Hauptverhandlung nach §§ 251 ff StPO als vollgültiges Beweismittel verwertet werden kann.
 - 3) Nach § 162 II StPO auf Antrag der Staatsanwaltschaft (§ 162 I StPO), des Be-schuldigten (§ 201 I 1 StPO) oder auf Anordnung des Gerichts (§ 202 I StPO und entsprechend § 173 III StPO).
 - 4) Nach §§ 180, 181 StPO auf Antrag der Staatsanwaltschaft (§ 170 I i. V. m. § 179 StPO), des Beschuldigten (§ 201 I 2 i. V. m. § 178 StPO) oder auf Anord-nung des Gerichts (§ 202 I StPO). Entsprechendes gilt beim Antrag auf Ergän-zung der Voruntersuchung nach §§ 197 II bzw. 208 I StPO.
 - 5) § 285 StPO.
 - 6) Wenn Eb. Schmidt II Vorbem. § 178 Rdn. 4 meint, der Beschuldigte werde in seiner ganzen Rechtsposition durch die gerichtliche Voruntersuchung bedeu-tend schärfer angegriffen, als im Stadium des staatsanwaltschaftlichen Ermitt-lungsverfahrens, so übersieht er dabei die gleiche Aufgabe und den gleichen Wirkungsgrad beider Ermittlungsarten im Hinblick auf die Eröffnung oder Nicht-eröffnung des Hauptverfahrens. Eine Unterscheidung nach dem Träger der Er-

anderen kann die Entscheidung darüber, wer Träger der Ermittlungstätigkeit zu sein hat, im Regelfall keine nachteiligen Auswirkungen für die Prozeßbeteiligten im Hinblick auf die Entscheidung in der Hauptsache haben. Für jeden Bürger ist es zumutbar, daß im Zuge der Aufklärung einer strafbaren Handlung richterliche Ermittlungen über ihn angestellt werden. Durch diese Untersuchungshandlungen wird er weder als Täter noch unbedingt als Tatverdächtiger abgestempelt. Er bleibt vielmehr in seiner Rechtsstellung unangetastet ¹⁾, so daß im richterlichen Ermittlungsverfahren grundsätzlich kein Anspruch auf rechtliches Gehör den Prozeßbeteiligten eingeräumt werden muß ²⁾.

3. Das Zwischenverfahren

Im Zwischenverfahren ³⁾ wird geprüft, ob die prozessuale Voraussetzung für die Durchführung eines Hauptverfahrens, d. h. das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts gegen den Angeschuldigten im konkreten Fall gegeben ist. Es wird also im Zwischenverfahren im Gegensatz zum Vorverfahren nicht nur entscheidungserheblicher Stoff gesammelt, sondern gleichzeitig ein Werturteil über das bisherige Ermittlungsergebnis ausgesprochen. Das bedeutet, daß durch die Eröffnung des Hauptverfahrens ⁴⁾ die Rechtsstellung des Betroffenen stärker tangiert wird, als

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 77:

mittlungstätigkeit ist daher für die Frage, ob rechtliches Gehör zu gewähren ist, nicht angebracht, solange die richterlichen Untersuchungshandlungen die gleiche Qualität besitzen wie die der Staatsanwaltschaft.

1) Daß ein Beschuldigter, gegen den Ermittlungen laufen, gelegentlich doch in der Umwelt als Täter betrachtet wird, liegt an einer falschen Vorstellung über die Bedeutung der Untersuchungstätigkeit und nicht zuletzt an der Sensationsucht einiger Publikationsorgane. Es ist und kann nicht Aufgabe des rechtlichen Gehörs sein, diesen Auswüchsen Einhalt zu gebieten. Es muß vielmehr, will man den Mißstand beseitigen, mit anderen Mitteln und an anderer Stelle dagegen vorgegangen werden.

2) Im Ergebnis ebenso Röhl, NJW 53, 1532.

3) §§ 198 ff StPO.

4) § 203 StPO.

Durch die Ablehnung der Eröffnung (§ 204 I StPO) und durch die Einstellung des Verfahrens (§ 205 und 206 a StPO) kann die Rechtsstellung des Angeschuldigten infolge des begünstigenden Charakters dieser Entscheidungen nicht beeinträchtigt werden. Ebenso KMR § 206 a Nr. 3 a; a. A. hinsichtlich der Entscheidung nach § 206 a StPO OLG Hamburg JZ 62, 125, weil eine Einstellung infolge Geisteskrankheit des Angeschuldigten den Wesenskern der Persönlichkeit antaste, und Schneidewin JR 62, 269 ff, Löwe-Rosenberg § 206 a Anm. 7 und Eb. Schmidt § 206 a Rdn. 7, weil durch die Einstellung über die Schuldfrage nicht entschie-

durch die Vornahme richterlicher Untersuchungshandlungen ¹⁾. Trotz dieser Sachlage darf jedoch nicht übersehen werden, daß die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zum Schutz des Angeschuldigten der Hauptverhandlung vorgeschaltet ist. Sie bezweckt, "daß der Angeschuldigte, dem infolge Einreichung der Anklageschrift (§§ 170 I, 199 und 198 I, II StPO) die Notwendigkeit, sich öffentlich vor einem erkennenden Gericht zu verantworten, droht, über die gegen ihn erhobenen Anschuldigungen, die Beweismittel und damit über den ganzen Ernst der Situation Kenntnis erhält, zugleich aber auch die Möglichkeit zu wichtigen Maßnahmen der Verteidigung ²⁾, um möglicherweise noch die fatale Hauptverhandlung abzuwenden" ³⁾.

Unter Beachtung der dem Zwischenverfahren anhaftenden Schutzfunktion zugunsten des Beschuldigten fällt die Annahme schwer, daß ein Prozeßbeteiligter durch die Eröffnung des Hauptverfahrens in seiner Rechtsposition beeinträchtigt werden können soll. Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß der Angeschuldigte durch die Eröffnung in eine prozessual gefährliche Situation versetzt, nämlich als der Tat hinreichend verdächtig betrachtet und die Durchführung einer Hauptverhandlung gegen ihn als Angeklagten für zumutbar angesehen wird. Es fragt sich daher, ob die Eröffnung des Hauptverfahrens für den Angeschuldigten eine Beeinträchtigung seiner Rechtslage mit sich bringt und ob ihm deshalb für den Fall, daß der Erlass eines Eröffnungsbeschlusses wahrscheinlich ist, ein Anspruch auf rechtliches Gehör eingeräumt werden muß ⁴⁾.

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 78:

den werde, der Angeschuldigte bei Durchführung der Hauptverhandlung aber einen Freispruch erhoffen könne. Bei diesen Überlegungen wird übersehen, daß die Nichteröffnung oder Einstellung in erster Linie bewirkt, daß der Angeschuldigte nicht verurteilt werden kann und daß alle damit verknüpften hypothetischen Beeinträchtigungen in ihren Wirkungen weit hinter dem begünstigenden Faktor, den die Entscheidung hat, zurückbleiben.

Aus den gleichen Gründen ist der Angeschuldigte auch dann nicht zu hören, wenn das Verfahren mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft endgültig eingestellt werden kann (§§ 153 III, 153 a II, 153 c III und 154 II StPO).

A. A. ist offenbar der Rechtsausschuß nach der vorgesehenen Fassung des § 153 III.

- 1) "Hinreichend verdächtig" i. S. v. § 203 StPO bedeutet, "daß eine Verurteilung bei Durchführung der Hauptverhandlung mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist". (KMR § 203 Nr. 2).
- 2) Nämlich die Rechte aus § 201 und § 208 StPO.
- 3) Eb. Schmidt II, Vorbem. zu § 198 Rdn. 3.
- 4) Die gleiche Frage stellt sich auch für die Rechtsposition der Staatsanwaltschaft, falls die Eröffnung abgelehnt (§ 204 I StPO), der Angeschuldigte außer Verfolgung gesetzt (§ 204 II StPO) und das Verfahren eingestellt (§§ 205, 206 a StPO).

In die materielle Rechtslage des Angeschuldigten kann der Eröffnungsbeschluß unmittelbar nicht eingreifen ¹⁾. Auch ein mittelbarer Eingriff durch Beeinträchtigung der prozessualen Rechtslage des Betroffenen findet mit der Eröffnung des Hauptverfahrens nicht statt. Denn der Eröffnungsbeschluß entscheidet nicht über Schuld oder Unschuld des Angeschuldigten ²⁾, sondern lediglich darüber, daß der

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 79:

oder ausgesetzt wird. Hierbei ist jedoch zu bedenken, daß die Staatsanwaltschaft in ihrer materiellen Rechtslage nie beeinträchtigt werden kann, und daß sie durch die erwähnten gerichtlichen Entscheidungen auch keinen prozessualen Nachteil erleiden kann. Denn ihre sich aus dem Legalitätsprinzip ergebende Aufgabe ist zunächst einmal vollständig mit der Anklageerhebung erfüllt. Ob es zu einer Hauptverhandlung kommt, liegt außerhalb ihres Aufgabenbereichs. Die Ablehnung der Eröffnung kann daher auch kein der Staatsanwaltschaft zustehendes Recht beeinträchtigen. Denn ein den Antrag ablehnender Gerichtsbeschluß erschwert nicht die Erfüllung der prozessualen Aufgaben der Staatsanwaltschaft, sondern setzt der staatsanwaltschaftlichen Aufgabe ein Ende. Das Hinwirken auf eine Verurteilung im Sinn der Anklage in der Hauptverhandlung ist eine zweite Aufgabe, die der Staatsanwaltschaft erst erwächst, wenn das Hauptverfahren eröffnet worden ist. Vorher kann diese Aufgabe deshalb auch nicht beeinträchtigt werden. Dieser Ansicht steht das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft nach § 210 II StPO für den Fall der Ablehnung der beantragten Eröffnung des Hauptverfahrens nicht entgegen. Aus Gründen des § 305 StPO muß nämlich eine Anfechtung des Ablehnungsbeschlusses ausdrücklich eröffnet werden, da sonst der rechtsstaatlich gebotene Instanzenzug ausgeschlossen wäre. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß der Staatsanwaltschaft aufgrund ihrer besonderen Stellung im Strafprozeß über § 33 StPO und über ihr Antragsrecht auf Eröffnung (§§ 198 II und 199 II StPO) ohnehin eine Einflußnahmemöglichkeit gegeben ist und sie von den richterlich durchgeführten Ermittlungen durch Übersendung der Akten an sie vor der Anklageerhebung Kenntnis erlangt (§ 197 I StPO).

Wird das Verfahren nach §§ 153 III, 153 a II, 153 c III oder § 154 II StPO eingestellt, so kann keine Beeinträchtigung der Rechtsposition der Staatsanwaltschaft entstehen, weil diese Entscheidungen nur mit ihrer Zustimmung ergehen dürfen.

- 1) Die Pflicht, im Hauptverhandlungstermin zu erscheinen, u. U. einen Anwalt zu bemühen und andere Vorkehrungen zu treffen, stellen keine unzumutbare Belastung für den Angeschuldigten dar. Insoweit hat jeder Bürger im Interesse eines geordneten Gemeinschaftslebens Opfer an persönlicher Freiheit zu bringen.
- 2) Nach Art. 6 II der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist der Angeschuldigte bis zum Nachweis seiner Schuld im Urteil als unschuldig zu betrachten.

Angeschuldigte der Tat hinreichend verdächtig ist. Eine mehr als vorbereitende und einleitende Wirkung auf die sich anschließende Hauptverhandlung besitzt der Eröffnungsbeschluß also nicht. Das in der Hauptsache entscheidende Gericht ist nicht an ihn gebunden. Es hat vielmehr von Amts wegen in der Hauptverhandlung die Wahrheit zu erforschen und aufgrund des selbständig ermittelten Beweisergebnisses sein Urteil zu fällen.

Das bedeutet, daß der Angeschuldigte durch die Eröffnung des Hauptverfahrens in rechtlich relevanter Weise nicht in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt werden kann und daß ihm deshalb auch keine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung bei Erlaß dieser Gerichtsentscheidung eingeräumt werden muß. Es ist nämlich im Interesse der Wahrheitsfindung und eines geordneten Gemeinschaftslebens jedem Bürger zumutbar, daß gegen ihn eine Hauptverhandlung stattfinden kann, und er sich gegen diese Maßnahme nicht zur Wehr setzen kann¹⁾. Die mit der Eröffnung des Hauptverfahrens häufig verbundenen außerrechtlichen Diskriminierungen des Angeschuldigten sind vom Gesetz nicht gewollt und deshalb auch nicht mit Hilfe einer Gewährung rechtlichen Gehörs zu beseitigen²⁾. Denn nach dem Sinn des

1) Entsprechendes gilt auch für die Wiederaufnahme des Verfahrens nach erfolgter vorläufiger Einstellung (§ 154 Abs. 3, 4 und 5 StPO). Denn wenn schon die Eröffnung des Verfahrens keine beachtliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Angeschuldigten darstellt, so kann dies erst recht nicht die zeitlich davorliegende Wiederaufnahme des Verfahrens.

Ebenso ist die Eröffnung des Hauptverfahrens durch das Gericht entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft (die etwa eine Einstellung nach § 205 StPO beantragt) nach § 208 StPO zu beurteilen. Es ist zwar richtig, daß in diesem Fall der Angeschuldigte später als im Normalfall von dem gegen ihn erhobenen substantiierten Vorwurf erfährt. Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß er vor dem Eröffnungsbeschluß nicht gehört zu werden braucht und daß er noch eine genügende Vorbereitungszeit bis zur Entscheidung in der Sache besitzt. Entgegen BGHSt 15, 40 ff, Eb. Schmidt II § 205 Rdn. 5; Löwe-Rosenberg § 205 Nr. 6 und Dahn NJW 61, 1244 ist es daher nicht notwendig, daß der Angeschuldigte vor der Eröffnung des Hauptverfahrens über die gegen ihn gesammelten Beweise unterrichtet werden muß.

2) Gedacht ist hierbei an den unerfreulichen Zustand, daß Angeschuldigte und Angeklagte in der Öffentlichkeit häufig schon vor Rechtskraft eines gegen sie ergangenen Urteils als Schuldige betrachtet werden und damit die Betroffenen unberechtigterweise diskriminiert werden. Auf diese Folgen des Eröffnungsbeschlusses weisen besonders Arndt, NJW 60, 1191, Pohle JZ 61, 376 (obiter dictum) und Roesen, NJW 59, 1861 ff hin. Diese Mißstände müssen jedoch mit anderen Mitteln als mit Hilfe einer Gewährung rechtlichen Gehörs beseitigt werden. Würde nämlich dem Angeschuldigten vor der Entscheidung über die Eröff-

Gesetzes bringt der Eröffnungsbeschluß den Angeschuldigten "zwar in eine prozessual gefährdetere Situation, tastet aber seine Sozialstellung noch nicht an" ¹⁾.

Abschließend ist festzustellen, daß den Prozeßbeteiligten im Zwischenverfahren kein rechtliches Gehör gewährt werden muß, da dieser Verfahrensabschnitt mit seiner vorbereitenden, schützenden und kontrollierenden Funktion der Hauptverhandlung nur vorgeschaltet ist, ohne auf diese determinierend einzuwirken. Unzumutbare, nachteilige Folgen für die Prozeßbeteiligten bringt der Eröffnungsbeschluß unmittelbar nicht mit sich ²⁾.

Fortsetzung der Fußnote 2 von Seite 81:

nung des Hauptverfahrens eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet, so könnte die Öffentlichkeit von diesem Verfahren ebenfalls Kenntnis erhalten und ihr die gleiche diskriminierende Wirkung zumessen wie der Eröffnung des Hauptverfahrens. Die unerfreulichen Folgen würden also durch die Gewährung rechtlichen Gehörs nicht nur nicht beseitigt, sondern im Gegenteil sogar noch zeitlich früher heraufbeschworen.

1) KMR, Vorbem. § 198 Nr. 3.

2) A. A. Arndt, NJW 60, 1191. Er meint, daß der Eröffnungsbeschluß eine nachteilige Entscheidung darstelle, weil für einen unschuldigen Angeschuldigten in der Hauptverhandlung die Gefahr drohe, infolge der begrenzten "gerichtsformigen" Mittel, die dem Gericht zur Wahrheitsfindung zur Verfügung stehen, verurteilt zu werden. Es sei daher ein Fundamentalsatz der Rechtsstaatlichkeit, sich gegen die in der Durchführung einer Hauptverhandlung liegende Beschwerde verteidigen zu können. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, da sich die Begrenzung der Mittel zur Wahrheitsfindung weniger zu Lasten, als vielmehr infolge des Grundsatzes "in dubio pro reo" eher zu Gunsten des Angeklagten in der Hauptverhandlung auswirkt. Im übrigen hat der Bürger im Interesse eines geordneten Gemeinschaftslebens das verbleibende Risiko zu tragen.

Wenn der BayVerfGH, NJW 62, 1435 und OLG Hamburg, MDR 63, 778 bei der Eröffnung des Hauptverfahrens in erster Instanz und das BVerfGE 7, 109 (110): 9, 303 (304); 11, 29 und MDR 62, 541 bei Eröffnung durch das Beschwerdegericht die Gewährung rechtlichen Gehörs für den Angeschuldigten fordern, so verkennen sie, daß die Eröffnung des Hauptverfahrens keine Beschwerde - die gerade § 308 I StPO voraussetzt - für den Angeschuldigten mit sich bringt. Das gilt auch dann, wenn das Beschwerdegericht neue Tatsachen (etwa ein neues Sachverständigengutachten wie bei BVerfGE 9, 303 (304)) bei seiner Entscheidung verwertet.

Mangels beeinträchtigender Wirkung des Eröffnungsbeschlusses kann die Gewährung rechtlichen Gehörs auch nicht mit der Begründung gefordert werden, daß sich der Angeschuldigte auf den Bestand eines ihn begünstigenden erstinstanzlichen Urteils oder auf das bisherige Nichtergehen einer gerichtlichen Entschei-

II. GERICHTSENTSCHEIDUNGEN OHNE NACHHALTIGE WIRKUNG

Von einer eingehenden Erörterung auszuscheiden sind solche gerichtliche Entscheidungen, die zwar die Verfahrensbeteiligten in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigen, aber entweder aufgrund ihres spezifischen Charakters keine nachhaltige Wirkung besitzen können, oder aufgrund des ihnen notwendigerweise anhaftenden Überraschungseffekts ohne Gewährung rechtlichen Gehörs ergehen müssen und deshalb im Interesse des Betroffenen an seiner Verteidigung nur eine vorläufige und keine nachhaltige Wirkung entfalten dürfen. Es handelt sich also hierbei um gerichtliche Entscheidungen, die im Zeitpunkt ihrer Vornahme auf die Rechtsstellung der Betroffenen zwar nachteilig einwirken, deren Zweck aber nach erfolgreicher Durchführung alsbald erreicht ist und die deshalb keine anhaltenden nachteiligen Folgen nach sich ziehen können oder dürfen. Derartige Eingriffe in die Rechtsstellung der Beteiligten sind charakteristisch für die im Strafverfahren vorkommenden richterlichen Zwangsmaßnahmen. Diese verfolgen nämlich den Zweck, dem Gericht ein überraschendes Zugreifen zu ermöglichen, um auf diese Weise einen strafbaren Tatbestand aufzuklären, Beweise sichern und die Verfolgung und Verurteilung der Schuldigen durchsetzen zu können, ohne daß bedürchtet werden müßte, daß vor dem staatlichen Zugriff Beweistatsachen verwischt und die Schuldigen sich dadurch einer Bestrafung oder Strafvollstreckung entziehen könnten.

Die Verfolgung des legitimen Verfahrenszwecks - die Sicherung des Erkenntnisverfahrens und der Vollstreckung - erlaubt dem Gericht - soll das angestrebte Ziel

Fortsetzung der Fußnote 2 von Seite 82:

dung verlassen können müsse. Denn allein durch die Eröffnung wird noch nicht gesagt, daß die bisherige Entscheidung ihre Wirkung verliert.

Löwe S. 319 faßt das Zwischenverfahren "bereits als ein echtes richterliches Streitverfahren" auf und fordert deshalb die Gewährung rechtlichen Gehörs für den Beschuldigten. Dieser Auffassung kann aus den bereits erörterten Gründen schon im Ansatzpunkt nicht gefolgt werden.

Gegen die hier vertretene Ansicht spricht die im Regierungsentwurf und im Fraktionsantrag vorgesehene Einführung des Schlußgehörs bzw. der Schlußanhörung (§§ 169 a und 169 b) des Beschuldigten vor der Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft. Daß die Erhebung der Anklage und die Eröffnung des Hauptverfahrens für den Beschuldigten von "besonderer Bedeutung" ist (Bericht Kanka II Art. 2) wird nicht bestritten. Es wird jedoch daran festgehalten, daß die beiden Entscheidungen keine rechtlich relevante Beeinträchtigung für den Beschuldigten nach sich ziehen. Die vom Rechtsausschuß in § 202 a vorgesehene Einführung einer ins richterliche Ermessen gestellten nicht mündlichen Verhandlung über die Eröffnung des Hauptverfahrens kann daher in erster Linie nur der Wahrheitsermittlung dienen.

sachgerecht erreicht werden können - die Vornahme vorübergehender beeinträchtigender Eingriffe in die Rechtsstellung der Betroffenen, ohne daß diesen vorher rechtliches Gehör gewährt werden müßte¹⁾. Diese Berechtigung entspringt dem mit Art. 103 I GG in Einklang stehenden, ja geforderten Gebot, daß die den Beteiligten eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung im Verfahren einräumenden prozessualen Mittel im Hinblick auf den Verfahrenszweck sachdienlich sein müssen²⁾ und weil die Beschränkung der Einflußnahmemöglichkeit in diesen Fällen nicht in unverhältnismäßiger Weise zu dem nur vorübergehenden Eingriff in die Rechtslage der Betroffenen steht.

1. Vorübergehende gerichtliche Zwangsmaßnahmen

Kein rechtliches Gehör muß den Betroffenen bei der Anordnung solcher gerichtlicher Zwangsmaßnahmen eingeräumt werden, die ihrer Natur nach nur in einem momentanen Eingriff bestehen und die mit ihrer einmaligen Durchführung abgeschlossen sind und keine weiteren nachteiligen Folgen nach sich ziehen können. Im Interesse an einer funktionsfähigen Rechtspflege ist es die Pflicht jedes Staatsbürgers - auch wenn er unschuldig ist - derartige Eingriffe in seine Rechtsstellung ohne vorherige Einflußnahmemöglichkeit zu dulden.³⁾ Eine nachträgliche Einflußnahmebefugnis den Beteiligten zu eröffnen hat keinen Sinn, da nach kurzer Zeit die benachteiligende Wirkung der Zwangsmaßnahme von selbst wegfällt, also die Einräumung einer Subjektstellung zum Zweck der Beseitigung einer Beeinträchtigung keinen Sinn mehr hat.

Mittels nur momentan wirkender richterlicher Maßnahmen kann die persönliche Freiheit des Beschuldigten oder Dritter vorübergehend beschränkt werden. Dies geschieht beim Erlaß eines Vorführungsbefehls⁴⁾, bei der zwangsweisen Vorführung eines nicht erschienenen Zeugen⁵⁾, bei der Anordnung geeigneter Maßnahmen zur Verhinderung der Entfernung des Angeklagten aus der Hauptverhandlung⁶⁾ und

-
- 1) Falls die vorläufigen Maßnahmen jedoch in solche mit nachhaltiger Wirkung übergehen - wie etwa bei der Anordnung und anschließenden Aufrechterhaltung einer längeren Untersuchungshaft - muß nach Erreichung des vorläufigen Verfahrenszwecks rechtliches Gehör gewährt werden. Vgl. dazu unten III 1.
 - 2) Soweit Löwe S. 313 ff und S. 336/337 meint, daß in diesen Fällen rechtliches Gehör nicht gewährt werden müsse, weil das Ermittlungsverfahren ein einseitiges Verwaltungsverfahren sei, gleichgültig ob der Richter oder der Staatsanwalt tätig werde, kann ihm nicht gefolgt werden.
 - 3) Röhl, MDR 55, 522.
 - 4) § 134 StPO und entsprechend im Fall des § 230 II StPO.
 - 5) § 51 I 2 StPO.
 - 6) § 231 I 1 StPO.

bei gewissen Maßnahmen wegen Ungehorsams ¹⁾. Die genannten Maßnahmen besitzen nämlich den gemeinsamen Verfahrenszweck, den Ablauf eines geordneten Verfahrens zu sichern. Sie müssen daher - soll eine Verzögerung oder Unterbrechung des Verfahrens und eine Entfernung des Betroffenen vermieden werden - schnell und ohne vorherige Anhörung der Beteiligten angeordnet werden können.

Die Anordnung zur Durchsuchung der Person eines Verdächtigen ²⁾ und die körperliche Untersuchung des Beschuldigten ³⁾, möglicher Zeugen ⁴⁾ oder Dritter ⁵⁾ verfolgen den Zweck, Beweise im Interesse der Wahrheitsfindung zu sichern. Sie müssen mit einer für die Betroffenen überraschenden Wirkung vorgenommen werden können, da nur auf diese Weise der Verlust von Beweismitteln verhindert werden kann. Der Verfahrenszweck verbietet also auch in diesen Fällen die Gewährung rechtlichen Gehörs für die Betroffenen.

Einen nur vorläufigen und keine nachhaltigen Folgen nach sich ziehenden Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung stellt die Anordnung und Durchführung einer Hausdurchsuchung ⁶⁾ dar. Durch diese Maßnahme soll die Ergreifung des Täters und die Sicherung von Beweismaterial erreicht werden. Das bedeutet, daß der angestrebte Verfahrenszweck nur erfolgreich verfolgt werden kann, wenn die Maßnahme einen Überraschungseffekt hat und dadurch dem Täter jede Gelegenheit zur Flucht oder Verdunkelung von Beweistatsachen genommen wird. Dem von der Entscheidung Betroffenen darf daher keine Möglichkeit zur Ausübung eines Einflußnahmerechts auf die Anordnung gegeben werden ⁷⁾. Entsprechendes gilt für die Durch-

1) § 177 GVG und § 247 II StPO. Im Gegensatz zu den Maßnahmen, die nach § 178 ff GVG angeordnet werden können, handelt es sich hier nicht um eine Strafe mit nachhaltiger Wirkung, sondern nur um eine vorübergehende sitzungspolizeiliche Ordnungsmaßnahme, die aus Zweckmäßigkeitsgründen ohne Gewährung rechtlichen Gehörs ergehen kann (Löwe-Rosenberg II, § 177 Anm. 9). Rehbinder, MDR 63, 640 ff stellt zutreffend fest, daß die Maßnahmen nach § 177 GVG "den Sicherungszweck nicht überschreiten, (während) die Geld- oder Haftstrafe nach § 178 GVG eindeutig über die Funktion augenblicklicher Sicherung des Sitzungsablaufs hinausgeht, also repressiven Charakter hat." Dürig, Maunz-Dürig Art. 103 I GG Rdn. 60 stellt außerdem zutreffend fest, daß der Angeklagte in diesem Fall die ihm gebotene Gelegenheit zur Äußerung durch eigenes Verhalten verloren habe.

2) § 102 StPO.

3) § 81 a StPO.

4) § 81 c I StPO.

5) § 81 c II StPO.

6) §§ 102 ff StPO bzw. § 21 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen.

7) Wenn nach § 106 I StPO der Inhaber der Räume bzw. eine Person seines Vertrauens bei der Durchsuchung zuzuziehen und nach §§ 106 II bzw. 107 StPO diesen Personen der Grund und Zweck der Durchsuchung bekanntzumachen ist, so ist

sicht aufgefundenen Papiere ¹⁾ und für das Abhören von Telefongesprächen ²⁾.

2. Vorläufige Gerichtsentscheidungen, die nachhaltig werden können

Eine Anzahl von Gerichtsentscheidungen betrifft die Anordnung und Durchführung von Maßnahmen, die die Rechtsstellung der Betroffenen vorläufig beeinträchtigen, aber ihrer Natur nach nicht immer ohne nachhaltige Wirkung sind, sondern von dem Stadium der Vorläufigkeit in ein solches der Nachhaltigkeit übergehen können. Ihr Wesen besteht also nicht in einem einmaligen Eingriff in die Rechtslage der Betroffenen, sondern in der Wandlungsfähigkeit vom momentanen Eingriff in einen solchen mit nachhaltiger beeinträchtigender Wirkung.

Das bedeutet, daß derartige Gerichtsentscheidungen ebenso wie diejenigen, die ihrer Natur nach nur in einem momentanen Eingriff bestehen können, ohne Gewährung rechtlichen Gehörs ergehen dürfen, solange die Verfolgung eines vorrangigen legitimen Verfahrenszwecks ein vorläufiges rasches Zugreifen des Gerichts erfordert. Ist dagegen der angestrebte Verfahrenszweck erreicht und wird die vorläufig angeordnete Maßnahme weiterhin aufrechterhalten, so geht sie in das Stadium der Nachhaltigkeit über mit der Folge, daß dem Betroffenen rechtliches Gehör eingeräumt werden muß, um ihm dadurch die Möglichkeit zu eröffnen, auf die Aufhebung der Maßnahme hinwirken zu können. Die Rechtfertigung für ein überraschendes Zugreifen des Gerichts entfällt nämlich von dem Augenblick an, in dem der Verfahrenszweck erreicht ist. Von diesem Zeitpunkt an wird eine Entscheidung des Gerichts mit Überraschungseffekt nicht mehr von dem Sachdienlichkeitsgrundsatz gedeckt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels gebietet vielmehr, daß dem Betroffenen von jetzt an rechtliches Gehör in vollem Umfang gewährt werden muß.

Daraus folgt, daß Gerichtsentscheidungen, die zur Sicherung des Erkenntnisverfahrens, der öffentlichen Ordnung und der Vollstreckung überraschend getroffen werden müssen, sinnvoll und berechtigterweise ohne Anhörung des Betroffenen ergehen können ³⁾. Es steht deshalb sowohl bei der Anordnung der Untersuchungs-

Fortsetzung der Fußnote 7 von Seite 85:

hierin keine Gewährung rechtlichen Gehörs zu erblicken, da mit diesen Mitteln allein auf die Durchsuchung selbst kein Einfluß genommen werden kann.

1) § 110 I StPO.

2) § 12 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen.

3) Die Staatsanwaltschaft wird über § 33 StPO gehört. Sie besitzt also eine ausreichende Einflußnahmemöglichkeit in den Fällen, in denen die von ihr beantragten Zwangsmaßnahmen nicht angeordnet werden.

haft ¹⁾, der einstweiligen Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt ²⁾ und beim Erlaß eines Steckbriefes ³⁾, als auch bei der Beschlagnahme von Gegenständen ⁴⁾, bei den verschiedenen Arten der Vermögensbeschlagnahme ⁵⁾, bei der Postbeschlagnahme ⁶⁾ und bei der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis ⁷⁾ den Betroffenen kein Anspruch auf rechtliches Gehör im Zeitpunkt des Erlasses und der Durchführung der Maßnahmen ⁸⁾ zu. Das Erreichen des angestellten legitimen Verfahrenszwecks erfordert nämlich, daß der Betroffene von der Entscheidung überrascht wird. Nur auf diese Weise kann verhindert werden, daß er sich einer Verurteilung durch Flucht oder durch Beiseiteschaffen von Beweismitteln und Vollstreckungsgegenständen entziehen kann.

In welchem Verfahrensstadium die überraschende Entscheidung getroffen wird, ist für die Frage, ob rechtliches Gehör gewährt werden muß, unerheblich. Auch das Beschwerdegericht kann trotz § 308 I StPO ohne Anhörung des Betroffenen eine Entscheidung, die ihrer Natur nach - soll sie sinnvoll sein - auf einer Überraschungswirkung beruhen muß, treffen. In einem derartigen Vorgehen liegt kein Verstoß gegen Art. 103 I GG, da die Entscheidung ohne Anhörung des Betroffenen in diesen Fällen zur Erreichung des Verfahrenszwecks ebenso sachdienlich ist, wie wenn die Entscheidung in erster Instanz ergehen würde ⁹⁾. Das Beschwerdegericht

1) §§ 112 ff (auch in den Fällen der §§ 120, 125 StPO); 207 II und 230 II StPO.

2) § 126 a StPO.

3) § 131 II StPO; die Beeinträchtigung der Rechtsstellung beim Erlaß eines Steckbriefes liegt in der damit verbundenen Rufgefährdung des Betroffenen (Eb. Schmidt II, § 131 Rdn. 1).

4) §§ 94 ff StPO;

5) §§ 433, 283/284 und 290 StPO;

6) § 99 StPO und § 13 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen.

7) § 111 a StPO.

8) Werden die Zwangsmaßnahmen vom Gericht, oder auf Antrag der Staatsanwaltschaft aufgehoben (etwa nach § 126 StPO), so muß der Beschuldigte vor dieser ihn nicht beeinträchtigenden, sondern begünstigenden Entscheidung nicht gehört werden.

9) KMR, § 308 Nr. 3 b und BVerfGE 9, 89 ff stellen ebenfalls auf die Belange des Verfahrenszwecks und die Entstehungsgeschichte des § 308 I StPO ab. Röhl, MDR 55, 522 und NJW 58, 1268 stimmt der hier vertretenen Meinung grundsätzlich zu, meint aber, daß der Betroffene in der Beschwerdeinstanz dann nach § 308 I StPO zu hören sei, wenn er schon in der ersten Instanz gehört worden sei. In diesen Fällen entfalle für ihn das Überraschungsmoment der Entscheidung, da ihm der gemachte Vorwurf von seiner ersten Vernehmung her bekannt sei (ebenso Wersdörfer NJW 54, 377 zu dem Fall, daß nach Aufhebung des Haftbefehls das Beschwerdegericht auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft hin den Haftbefehl erneut erläßt).

nimmt nämlich bei dieser Sachlage in vollem Umfang die Aufgaben wahr, die normalerweise der Erstrichter erfüllt.

III. GERICHTSENTSCHEIDUNGEN MIT NACHHALTIGER BEEINTRÄCHTIGUNG

Die meisten gerichtlichen Entscheidungen im Strafprozeß bewirken eine nachhaltige Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Prozeßbeteiligten. Aufgrund des Gebots von Art. 103 I GG muß deshalb den von derartigen Entscheidungen Betroffenen durch Bereitstellung prozessualer Mittel die Möglichkeit gegeben werden, einflußnahmeberechtigt beim Zustandekommen der Entscheidung mitzuwirken. Dies geschieht in den meisten Fällen durch die in der Strafprozeßordnung vorgesehene Regelung in ausreichender Weise.

1. Nachhaltig wirkende Zwangsmaßnahmen

Im Regelfall wird den Betroffenen beim Erlaß nachhaltig wirkender Zwangsmaßnahmen rechtliches Gehör von dem Moment an gewährt, von dem an ohne Gefährdung des Verfahrenszwecks eine Einwirkungsmöglichkeit auf die gerichtliche Anordnung durch den Betroffenen möglich ist. In diesen Fällen wird die Gewährung rechtlichen Gehörs nicht unzulässigerweise eingeschränkt, sondern lediglich der Zeitpunkt der Einflußnahmemöglichkeit verlagert. Dadurch wird bewirkt, daß der Betroffene auf die aus legitimen Verfahrensgründen ohne Gewährung rechtlichen Gehörs überraschend angeordneten Maßnahmen nachträglich ausreichenden Einfluß nehmen, d. h. auf ihre Beseitigung hinwirken kann. Es wird also ein sach-

Fortsetzung der Fußnote 9 von Seite 87:

Bei dieser Argumentation wird übersehen, daß es für die Überraschungswirkung der Entscheidung unerheblich ist, ob der davon Betroffene den ihm gemachten Vorwurf kennt. Maßgebend ist allein, daß die Entscheidung als solche mit ihren Auswirkungen den Betroffenen überraschend trifft und treffen muß, damit eine mögliche Flucht usw. verhindert werden kann. Einen derartigen Zweck kann eine Entscheidung im Beschwerdeverfahren auch dann verfolgen, wenn der davon Betroffene über die Gründe der Maßnahme unterrichtet ist. Deshalb kann im Beschwerdeverfahren jede Entscheidung mit legitimer Überraschungswirkung ohne Anhörung des Betroffenen ergehen. Der Betroffene soll durch sie gerade überrascht werden und sich nicht auf eine möglicherweise gegenteilige erstinstanzliche Entscheidung verlassen können, wie Wersdörfer meint (wie hier; BVerfGE 9, 89 ff, sowie § 308 I 2 Regierungsentwurf bzw. Fraktionsantrag). A.A.: Eb. Schmidt II, § 308 Rdn. 7; er meint, § 308 I StPO lasse im Hinblick auf Art. 103 I GG keine Ausnahme zu. Er erkennt dabei, daß Art. 103 I GG nicht isoliert vom jeweils verfolgten Verfahrenszweck betrachtet werden darf.

gerechter Ausgleich zwischen den Bedürfnissen einer funktionsfähigen Strafrechtspflege und den Verteidigungsinteressen des Betroffenen herbeigeführt ¹⁾.

Das Verfahren zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft steht mit diesen Forderungen des Art. 103 I GG in Einklang ²⁾. Wird nämlich der Beschuldigte nach Anordnung der Untersuchungshaft ³⁾ bzw. der einstweiligen Unterbringung ⁴⁾ ergriffen, so wird ihm anschließend Gelegenheit geboten, sich über den Grund der Inhaftierung informieren und zu der Verhaftung Stellung nehmen zu können, also auf die Aufhebung der Anordnung hinwirken zu können. Denn der Ergriffene ist unverzüglich dem Richter vorzuführen ⁵⁾ und über den Grund seiner Verhaftung aufzuklären ⁶⁾ und zu vernehmen ⁷⁾. Er wird dadurch in die Lage versetzt, entweder während seiner Vernehmung oder auf seinen Antrag hin in mündlicher Verhandlung ⁸⁾ auf die Aufhebung der Anordnung ⁹⁾ in ausreichendem Maß einzuwirken. Es wird

1) Ebenso BVerfGE 9, 89 ff mit dem Hinweis, daß die nachträgliche Einflußnahmemöglichkeit vor demjenigen Gericht zu eröffnen ist (etwa auch vor dem Beschwerdegerecht), das die Entscheidung erließ. (Desgl. Heiss NJW 61, 1094 (1095); Anm. 9).

2) Eine entsprechende gesetzliche Regelung für die verschiedenen Beschlagnahmeverfahren (einschließlich der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis) fehlt. Unter 2. Abschn. II und III ist daher zu prüfen, ob insoweit eine im Hinblick auf Art. 103 I GG ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke vorliegt.

3) §§ 114 b ff, §§ 128 und 129, § 131 IV, § 207 II, § 230 II StPO; § 114 c III StPO beschränkt nicht das rechtl. Gehör des Verhafteten, sondern den Entscheidungsspielraum des entscheidenden Amtsrichters.

4) § 126 a II 1 i. V. m. §§ 114 b ff StPO;

Das hier Erörterte gilt allerdings nur insoweit, als der Beschuldigte im Zeitpunkt seiner Vernehmung voll zurechnungsfähig ist. Auf die Problematik eines während der richterlichen Vernehmung nicht voll zurechnungsfähigen Beschuldigten wird unten 2. Abschn. VI näher eingegangen.

5) § 114 b I bzw. § 126 a II 1 i. V. m. § 114 b I StPO.

6) § 114 b III 1 bzw. 126 a II 1 i. V. m. § 114 b III 1 StPO und § 114 III bzw. § 126 a II 1 i. V. m. § 114 III StPO.

7) § 114 b II bzw. § 126 a II 1 i. V. m. § 114 b II StPO.

8) § 114 d bzw. § 126 a II 1 i. V. m. § 114 d StPO zusammen mit § 136 I und II StPO.

§ 114 d III StPO verstößt nicht gegen Art. 103 I GG, da dem Verhafteten nicht mehr als eine einmalige Einflußnahmemöglichkeit eingeräumt werden muß.

Schließt also das Gericht eine weitere mündliche Verhandlung aus, so wird die Verteidigung des Beschuldigten nicht über das zulässige Maß beschnitten.

9) § 114 b III 2 i. V. m. § 123 bzw. § 126 a II 1 i. V. m. §§ 114 b III 2 und § 126 a III StPO.

ihm also rechtliches Gehör in ausreichender Weise gewährt ¹⁾.

Eine Möglichkeit, der nachhaltig und beeinträchtigend wirkenden Fortdauer der Untersuchungshaft bzw. der einstweiligen Unterbringung entgegenzutreten, besteht für den Betroffenen weiterhin in dem obligatorisch durchzuführenden richterlichen Haftprüfungsverfahren ²⁾. Da die Entscheidung des Gerichts im Rahmen dieses Verfahrens nicht nur auf Aufhebung, sondern auch auf Fortdauer der bestehenden Untersuchungshaft bzw. Unterbringung lauten kann, muß dem Betroffenen Gelegenheit gegeben werden, sich gegen die möglicherweise auch nachhaltig und beeinträchtigend wirkende Entscheidung zur Wehr setzen zu können. Es darf also im Haftprüfungsverfahren als solchem nicht nur ein begünstigendes prozessuales Mittel zugunsten des Betroffenen gesehen werden. Es handelt sich bei der Entscheidung im Haftprüfungsverfahren vielmehr um eine Gerichtsentscheidung, der ihrerseits prozessuale Mittel beigegeben werden müssen, die es dem Betroffenen erlauben, als Prozeßsubjekt auf den Ausgang des Verfahrens einzuwirken. Denn die Dauer der Inhaftierung bzw. einstweiligen Unterbringung ist nicht von vornherein auf eine bestimmte Zeit festgelegt. Die angeordneten Maßnahmen sollen vielmehr der Sicherung des Ermittlungs- und Erkenntnisverfahrens dienen, also nur solange aufrechterhalten werden können, als die Verhaftungs- bzw. Unterbringungsgründe fortauern. Es muß daher dem Betroffenen die Möglichkeit eröffnet werden, durch eine ausreichende Einflußnahme im Haftprüfungsverfahren auf eine Beendigung der Inhaftierung bzw. einstweiligen Unterbringung hinzuwirken ³⁾.

1) Ebenso BVerfGE 9, 89 ff;

Daß der Ergriffene eine ausreichende Informations- und Äußerungsgelegenheit hat, ergibt sich auch aus dem bei ersten Vernehmungen allgemein geltenden Grundsatz der Aufklärung und Äußerungsgelegenheit nach § 136 I und II StPO. Eine ausreichende Einflußnahmebefugnis der Staatsanwaltschaft ergibt sich aus der Tatsache, daß sie im Antrag auf Erlaß des Haftbefehls alles Erforderliche vortragen kann und im übrigen aus der Vorschrift des § 33 StPO. Die §§ 114, 114 a des Regierungsentwurfs bzw. Fraktionsantrags, sowie der Vorschlag des Rechtsausschusses zu § 114 sollen nach den Motiven in verstärktem Maß bezwecken, daß "der Beschuldigte... zu jeder den dringenden Tatverdacht oder den Haftgrund rechtfertigenden Tatsache Stellung nehmen kann." (vgl. Bericht Kanka).

2) §§ 115 a ff bzw. § 126 a II 1 i. V. m. §§ 115 a ff StPO.

3) Maßnahmen aller Art im Rahmen des Vollzugs der Untersuchungshaft (§§ 116 ff StPO) sind keine die Rechtsstellung des Betroffenen beeinträchtigenden Entscheidungen des Richters (§ 116 V 1 StPO). Sie knüpfen nämlich an das Fortbestehen der Inhaftierung an und sind nur als Folgeerscheinungen der bestehenden Anordnungen aufzufassen. Sie können daher nicht die bestehende Rechtslage des Betroffenen ändern, sondern sind nur dazu bestimmt, die Durchführung der Unter-

Dies geschieht durch die in der Strafprozeßordnung vorgesehene Regelung in ausreichendem Maß. Informationsmöglichkeiten über die Verhaftungs- bzw. Unterbringungsgründe erhalten die Betroffenen durch die bei der Verhaftung vorgesehene Bekanntmachung des Inhaftierungsgrundes¹⁾ und bei ihrer ersten richterlichen Vernehmung²⁾. Eine Gelegenheit zur Äußerung haben die Betroffenen entweder in einer auf ihren Antrag hin stattfindenden mündlichen Verhandlung³⁾ oder im Wege einer schriftlichen Anhörung⁴⁾. Damit wird im Haftprüfungsverfahren rechtliches Gehör in ausreichendem Umfang gewährt⁵⁾.

2. Entscheidungen im Hauptverfahren

Die im Hauptverfahren ergehenden gerichtlichen Entscheidungen können in mehrfacher Weise in die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten beeinträchtigend eingreifen. Sowohl durch die Verurteilung zu Geldstrafe⁶⁾ oder zu Freiheitsent-

Fortsetzung der Fußnote 3 von Seite 90:

suchungshaft zu regeln. Sie beeinträchtigen also den Betroffenen nicht aufs Neue in seiner Rechtsstellung. Rechtliches Gehör muß deshalb hier nicht gewährt werden.

Entsprechendes gilt auch für die Abwendung der Vollstreckung der Untersuchungshaft durch Sicherheitsleistung (§§ 117 ff StPO). Die Entscheidung über einen derartigen Antrag des Angeschuldigten (§ 119 StPO) kann sich für diesen nämlich niemals beeinträchtigend auswirken. Die Entscheidung über den Verfall der Sicherheit nach § 122 StPO darf dagegen nicht ohne Gewährung rechtlichen Gehörs erfolgen, da sie in die vermögensrechtliche Lage des Beschuldigten bzw. der Bürgen nachhaltig beeinträchtigend eingreifen kann (s. § 122 III StPO). Es ist deshalb im Hinblick auf Art. 103 I GG richtig und notwendig, daß den Betroffenen vor dieser Entscheidung Gelegenheit gegeben wird, sich zum Verfall der Sicherheit zu erklären (§ 122 II 1 StPO).

1) § 114 III bzw. § 126 a II 1 i. V. m. § 114 III StPO.

2) § 114 b III 1 bzw. § 126 a II 1 i. V. m. § 114 b III 1 StPO.

3) § 115 a IV 1 bzw. § 126 a II 1 i. V. m. § 115 a IV 1 StPO zusammen mit § 115 d V 1 StPO. Vervollständigt wird die Gewährung rechtlichen Gehörs dadurch, daß der Angeschuldigte und sein Verteidiger von Ort und Zeit der mündlichen Verhandlung zu benachrichtigen sind (§ 115 d I StPO) und daß der Angeschuldigte zur Verhandlung vorzuführen ist (§ 115 d II 1 StPO) bzw. ein Verteidiger die Rechte des Angeschuldigten obligatorisch wahrzunehmen hat, wenn der Angeschuldigte aus triftigen Gründen bei der Verhandlung nicht anwesend sein kann (§ 115 d II 2 StPO). Daß die Benachrichtigung rechtzeitig zu geschehen hat, um dem Angeschuldigten dadurch eine ausreichende Zeit zur Vorbereitung seiner Verteidigung zu geben, folgt aus dem Gebot des Art. 103 I GG.

4) § 115 a IV 2 bzw. § 126 a II 1 i. V. m. § 115 a IV 2 StPO und § 115 b StPO.

5) Daß der Staatsanwaltschaft im Haftprüfungsverfahren ausreichendes rechtliches Gehör gewährt wird, ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 115 d I und 33 StPO.

6) §§ 27 ff StGB.

zug ¹⁾, als auch durch die Aussetzung einer Strafe zur Bewährung ²⁾, die Anordnung von Bewährungsauflagen ³⁾, die Anrechnung ⁴⁾ bzw. Fortdauer ⁵⁾ der Untersuchungshaft, die Einziehung von *producta et instrumenta sceleris* ⁶⁾ und durch die Auferlegung der Kosten des Verfahrens ⁷⁾ kann in die Rechtslage des Angeklagten nachteilig eingegriffen werden. Aber auch in die der Staatsanwaltschaft zukommende Rechtsstellung kann durch die in der Hauptverhandlung ergehenden gerichtlichen Entscheidungen beeinträchtigend eingegriffen werden. Die Staatsanwaltschaft hat nämlich die Aufgabe, in der Hauptverhandlung auf die Verurteilung des von ihr für schuldig gehaltenen Täters hinzuwirken. Sie muß deshalb auf die im Hauptverfahren ergehenden gerichtlichen Entscheidungen einen wirksamen Einfluß nehmen können, um auf diese Weise ihre Funktion sachgerecht erfüllen zu können.

Das bedeutet, daß im Verlauf des Hauptverfahrens, gleichgültig in welcher Instanz sich das Verfahren befindet, beiden Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör in ausreichendem Maß gewährt werden muß. Dieser Forderung des Art. 103 I GG wird die in der Strafprozeßordnung getroffene gesetzliche Regelung im großen und ganzen gerecht ⁸⁾.

a) Einflußnahmemöglichkeiten in dem die Hauptverhandlung vorbereitenden Verfahren

Bevor es zum eigentlichen Hauptverfahren kommt, wird dem Angeschuldigten durch Bereitstellung entsprechender prozessualer Mittel eine ausreichende Informations- und Einflußnahmemöglichkeit auf die zur Aburteilung anstehende Sache eingeräumt. Dadurch erhält er rechtzeitig Gelegenheit, sich auf seine Verteidigung vorzubereiten ⁹⁾.

1) §§ 14 ff StGB.

2) § 23 StGB i. V. m. § 268 a StPO.

3) §§ 24 ff StGB.

4) § 60 StGB.

5) § 268 b StPO.

6) §§ 40 ff StGB.

7) §§ 464 ff StPO. Die Verurteilung in die u. U. beträchtlichen Kosten macht besonders dann die Eröffnung einer Einflußnahmemöglichkeit notwendig, wenn der Angeklagte freigesprochen wird (§ 467 StPO) und entschieden werden muß, ob er trotzdem die Kosten zu tragen hat.

8) Auf diejenigen Vorschriften, die dem Gebot des Art. 103 I GG nicht gerecht werden, wird im folgenden 2. Abschn. näher eingegangen.

9) Ganz allgemein gilt, daß der Angeschuldigte im Verlauf des gesamten Strafverfahrens in seiner Willensfreiheit nicht beeinträchtigt werden darf (§ 136 a StPO). Hierbei handelt es sich jedoch weniger um ein prozessuales Mittel, das eine Einflußnahmemöglichkeit auf das Verfahren eröffnen soll, als vielmehr

Dem Angeschuldigten ist bei seiner ersten richterlichen Vernehmung zu eröffnen, welche strafbaren Handlungen ihm zur Last gelegt werden. Es ist ihm anschließend Gelegenheit zu geben, sich zu dem bestehenden Verdacht äußern und sich gegen den erhobenen Vorwurf verteidigen zu können¹⁾. Insbesondere kann er im Fall einer richterlichen Voruntersuchung die Durchführung entlastender Beweiserhebungen beantragen²⁾.

Im Fall der Erhebung der Anklage erfährt der Angeschuldigte die ihm zur Last gelegte Tat und die für den Tatverdacht maßgeblichen Beweismittel³⁾ aus der ihm mitzuteilenden Anklageschrift⁴⁾. Der auf diese Weise umfassend informierte Angeschuldigte erhält alsdann die Möglichkeit, zu seiner Verteidigung die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung oder die Durchführung einer gerichtlichen Voruntersuchung beantragen zu können⁵⁾. Er erhält dadurch schon vor Eintritt in die Hauptverhandlung Gelegenheit, seine Verteidigungsinteressen wirksam zur Geltung bringen zu können. Außerdem wird dem Angeklagten nach Eröffnung des Hauptverfahrens eine weitere Informationsmöglichkeit über die ihm zur Last gelegte Tat dadurch eingeräumt, daß ihm der Eröffnungsbe-

Fortsetzung der Fußnote 9 von Seite 92:

um die Manifestierung der für einen die Menschenwürde achtenden Rechtsstaat selbstverständlichen Voraussetzung, die bereitgestellten prozessualen Einflußnahmemittel auch erfolgsversprechend benutzen zu können. Das gleiche gilt für die Vorschriften über die Gerichtssprache und die evtl. Beiziehung von Dolmetschern (§§ 184 ff GVG und § 259 StPO). Vgl. dazu auch Maunz-Dürig Art. 103 I Rdn. 79.

- 1) § 136 StPO. Entsprechendes gilt nach § 192 StPO auch für das Verfahren im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung.
- 2) §§ 166 und 190 II StPO.
- 3) § 200 StPO.
- 4) § 201 I 1 StPO. Falls nach § 208 I StPO das Gericht entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft das Hauptverfahren eröffnen will, muß die Staatsanwaltschaft die Anklageschrift nach Erlaß des Eröffnungsbeschlusses nachbringen (§ 208 II StPO). Der Angeschuldigte hat demnach in diesem Fall eine Informationsgelegenheit über den ihm gemachten Vorwurf erst später als im Normalfall. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß er bis zur Entscheidung des Gerichts über Schuld oder Unschuld eine ausreichende Vorbereitungs-möglichkeit zu seiner Verteidigung hat. Entgegen BGHSt 15, 40 ff ist daher im Fall des § 208 StPO keine zusätzliche Unterrichtung des Angeschuldigten aus Gründen des Art. 103 I GG notwendig.
- 5) § 201 I 1 und 2 i. V. m. §§ 178 ff StPO.

Ebenso im Fall des § 208 I StPO. Sinnvoll kann die dort gebotene Einflußnahmemöglichkeit jedoch nur sein, wenn der Angeschuldigte vorher auch eine Informationsgelegenheit erhält. Mangels vorher ergangener Anklageschrift ist daher dem Angeschuldigten u. U. eine andere entsprechende Informationsgelegenheit einzuräumen (Eb. Schmidt II, § 208 Rdn. 4).

schluß, der ebenso wie die Anklageschrift alles für die Anklage und Verteidigung Wesentliche enthalten muß, mitzuteilen ist.¹⁾

Aus der Summe der gesetzlich bereitgestellten Informations- und Einflußnahmemöglichkeiten ergibt sich, daß dem Angeklagten vor Beginn der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ausreichende Gelegenheiten zustehen, um sich über die ihm zur Last gelegte Tat in sachdienlicher Weise informieren und sich gegen die ausgesprochene Verdächtigung in zureichendem Umfang vorbereitend zu verteidigen. Das gleiche gilt für die Verfahren vor den Instanzgerichten, da das angefochtene, mit Tatbestand und Gründen versehene Urteil dem Verurteilten zu verkünden und zuzustellen ist²⁾. Der Verurteilte erhält damit vor Beginn der jeweiligen instanzgerichtlichen Hauptverhandlung Gelegenheit, sich über das angefochtene Urteil zu informieren und die für seine Einflußnahme notwendigen Vorbereitungen zu treffen.

Um dem Angeklagten unmittelbar vor Beginn der Hauptverhandlung einen ausreichenden Zeitraum zur Vorbereitung seiner Verteidigung bereitzustellen, ist ihm die Ladung zur Hauptverhandlung mindestens 1 Woche vor Beginn der Verhandlung zuzustellen³⁾ bzw. bekanntzumachen⁴⁾. Für den Fall, daß die vorgesehene Ladungsfrist nicht eingehalten wird, der Angeklagte also nicht genügend Zeit zur Vorbereitung seiner Verteidigung hat, kann er die Aussetzung der Verhandlung verlangen⁵⁾. Außerdem kann der Angeklagte zur Vorbereitung seiner Verteidigung

1) §§ 207, 215 StPO. Die Bedeutung der Anklageschrift und des Eröffnungsbeschlusses für die Verteidigung des Angeklagten umreißt BGHSt 8, 92 (96/97) mit folgenden Worten: In der Anklageschrift und im Eröffnungsbeschluß muß "die begangene ("konkrete") Tat durch bestimmte Tatumstände so genau gekennzeichnet sein, daß keine Unklarheit darüber möglich ist, welche Handlungen dem Angeklagten zur Last gelegt werden. Damit soll rechtsstaatlichen Erfordernissen gemäß sichergestellt werden, daß der Angeklagte aus der Anklage und dem Eröffnungsbeschluß erkennt, oder jedenfalls erkennen kann, welches bestimmte Verhalten möglicherweise Gegenstand der Urteilsfindung sein werde, damit er Gelegenheit hat, seine Verteidigung genügend vorzubereiten".

2) §§ 267 ff bzw. 332 i. V. m. 267 ff StPO.

Außerdem ermöglicht es die Protokollierung aller wichtigen Ereignisse des Verfahrens (§ 273 StPO) den Verfahrensbeteiligten, sich über den bisherigen Verlauf des Verfahrens zuverlässig zu informieren.

3) § 217 I i. V. m. § 216 I StPO. In den Fällen einer notwendigen Verteidigerbestellung ist anstelle des Angeklagten der Verteidiger rechtzeitig zu laden (§ 218 StPO).

4) § 216 II 1 StPO.

5) § 217 II i. V. m. § 228 III StPO.

vor Beginn der Hauptverhandlung Beweisanträge stellen ¹⁾ oder selbst unmittelbar Zeugen in die Hauptverhandlung laden ²⁾. Um jedoch zu verhindern, daß der Angeklagte unvorbereitet damit überrascht wird, daß das Gericht oder die Staatsanwaltschaft weitere, über die in der Anklageschrift genannten Beweismittel hinaus, heranzieht, muß dem Angeklagten ein derartiges Vorgehen rechtzeitig bekannt gemacht werden ³⁾.

Betrachtet man die erwähnten prozessualen Mittel daraufhin, welche Auswirkung ihnen für die Verteidigung des Angeklagten zukommt, so kann zusammenfassend festgestellt werden, daß dem Angeklagten vor Beginn der mündlichen Hauptverhandlung in ausreichender Weise sachdienliche Informations- und Äußerungsgelegenheiten zur Verfügung gestellt werden. Der Angeklagte wird dadurch in die Lage versetzt, sich über die ihm zur Last gelegte Tat und die von der Staatsanwaltschaft und dem Gericht zugezogenen Beweismittel zu informieren und die notwendigen vorbereitenden Verteidigungsmaßnahmen selbst einzuleiten. Dies gilt insbesondere deshalb, weil sich die Entscheidung des Gerichts nur auf die in der Anklageschrift bezeichnete Tat und nicht darüber hinaus erstrecken darf. ⁴⁾

Eine ausreichende Einflußnahmemöglichkeit vor Beginn des eigentlichen Hauptverfahrens hat auch die Staatsanwaltschaft. Dies folgt aus der Tatsache, daß sie vor jeder Entscheidung des Gerichts zu hören ist ⁵⁾ und - soll die Anhörung sinnvoll sein - vorher umfassend informiert werden muß. Außerdem hat sie die Anklageschrift auszuarbeiten und beim Gericht einzureichen ⁶⁾, so daß sie schon allein aufgrund ihrer Stellung im Prozeß von allen entscheidenden Umständen notwendigerweise Kenntnis erlangen kann. Darüber hinaus erfährt sie von den richterlich durchgeführten Untersuchungen durch Akteneinsicht ⁷⁾ und durch die an sie erfolgende Übersendung der richterlichen Ermittlungsakten ⁸⁾. Die zur Erfüllung ihrer Funktion notwendig werdenden Ermittlungen kann die Staatsanwaltschaft entweder selbst durchführen oder aber beantragen, sie durch richterliche Untersuchungshandlungen vornehmen zu lassen ⁹⁾. Weiterhin kann die Staatsanwaltschaft in ihrer Tätigkeit nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß der Angeklagte unmittelbar vor Beginn der Hauptverhandlung die Heranziehung neuer Beweismittel beantragt.

1) § 219 I bzw. § 216 II 2 i. V. m. § 219 I StPO.

2) § 220 StPO.

3) § 221 i. V. m. § 222 I StPO.

4) § 264 StPO.

5) § 33 StPO.

6) §§ 198 II und 199 II StPO.

7) § 196 StPO.

8) § 197 I StPO.

9) §§ 162 I und 179 StPO.

Denn hiervon ist sie zu benachrichtigen ¹⁾. Sie ist also aufgrund dieser Information in der Lage, evtl. ihrerseits neue Zeugen namhaft zu machen ²⁾ und damit die erforderlichen Maßnahmen zur Erfüllung der ihr zukommenden Aufgaben zu treffen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß nach der geltenden gesetzlichen Regelung beiden Verfahrensbeteiligten vor Beginn der Hauptverhandlung im Strafverfahren eine umfassende mit Art. 103 I GG in Einklang stehende Einflußnahmemöglichkeit eingeräumt wird.

b) Einflußnahmemöglichkeiten in der Hauptverhandlung

In der mündlichen Hauptverhandlung werden nach der gesetzlichen Regelung beiden Verfahrensbeteiligten ausreichende Informations- und Äußerungsgelegenheiten zur Verfügung gestellt. Allgemein ergibt sich dies aus der Tatsache, daß alle Entscheidungen des Gerichts im Verlauf der Hauptverhandlung erst nach Anhörung und damit auch - soll die Anhörung sinnvoll sein - nach vorhergehender ausreichender Information der Verfahrensbeteiligten ergehen dürfen ³⁾. Außerdem besteht eine der wichtigsten Einflußnahmemöglichkeiten für die Beteiligten darin, daß die Hauptverhandlung grundsätzlich in Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten mündlich durchgeführt werden muß ⁴⁾.

Neben diesen allgemeinen Einflußnahmemöglichkeiten stehen den Verfahrensbeteiligten im erstinstanzlichen Verfahren außerdem mehrere ausdrücklich normierte Einzelrechte zu, die es ihnen erlauben, auf den Ausgang des Verfahrens entscheidenden Einfluß nehmen zu können. Um ihnen unmittelbar vor Beginn der Vernehmung des Angeklagten zur Sache eine erneute Informationsgelegenheit über den zur Aburteilung anstehenden Sachverhalt zu geben, ist der Eröffnungsbeschuß

1) §§ 219 II und 222 II StPO.

Entsprechendes muß gelten, wenn das Gericht von Amts wegen nach § 221 StPO Beweismittel herbeschafft. Unterbleibt jedoch eine Benachrichtigung hiervon an die Staatsanwaltschaft, so liegt allein deswegen noch kein Verstoß gegen Art. 103 I GG vor. Die Einflußnahmemöglichkeit auf diese Beweismittel ist nämlich grundsätzlich in der Hauptverhandlung immer noch gegeben. Nur wenn besondere Umstände eine echte Einflußnahme unmöglich machen, ist in diesen Fällen eine Aussetzung des Verfahrens geboten, um dadurch der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit zu geben, sich auf die neuen Umstände einzustellen.

2) § 222 StPO.

3) § 33 StPO.

4) §§ 226, 230 I und 231 I StPO. Über die große Bedeutung der Anwesenheit bzgl. Art. 103 I GG siehe BGHSt, NJW 61, 132.

zu verlesen. ¹⁾ Im Rahmen der Vernehmung zur Sache ²⁾ kann der Angeklagte zu dem Vorwurf, der ihm gemacht wird, in umfassender Weise Stellung nehmen und damit auf den Ausgang des Prozesses zu seinen Gunsten einwirken. Die Verfahrensbeteiligten können weiterhin die Aussetzung und Unterbrechung des Verfahrens beim Auftreten unvorhergesehener Umstände beantragen ³⁾, die Leitung des Verfahrens beanstanden ⁴⁾, Fragen an Zeugen, Sachverständige und Mitangeklagte richten ⁵⁾, Beweisanträge stellen ⁶⁾, zu jeder Beweiserhebung Stellung nehmen ⁷⁾ und in einem Schlußwort zusammenfassend ihre Ansichten zu dem verhandelten

1) § 243 II StPO.

2) § 243 III i. V. m. § 136 StPO.

3) §§ 228, 246 II und III, 265 III und IV, 266 III StPO.

Für den Fall der Aussetzung des Verfahrens nach § 265 IV StPO stellt BGHSt 11, 88 ff zutreffend fest, daß die Ablehnung eines begründeten Aussetzungsantrages gegen den Grundsatz des Art. 103 I GG verstößt; "Das Gericht darf einen Angeklagten aber nicht im Urteil mit der Feststellung eines tatsächlichen Umstandes überraschen, auf die er weder durch den Inhalt der Anklageschrift oder des Eröffnungsbeschlusses noch durch den Gang der Hauptverhandlung soweit vorbereitet ist, daß er Anlaß gehabt hätte, sich dazu ausreichend zu äußern". Ebenso BGHSt 8, 92 (96/97, wonach ein Verstoß gegen § 265 IV StPO vorliegt, wenn der Richter von der Aussetzungsmöglichkeit keinen Gebrauch macht, obwohl es auf der Hand liegt, daß dies für eine genügende Vorbereitung der Verteidigung angemessen ist.

4) § 238 II StPO.

5) Das Befragungsrecht gegenüber Zeugen und Sachverständigen nach § 240 II bzw. § 239 StPO stellt eines der wichtigsten und wirksamsten Einflußnahmemittel dar. Die Verfahrensbeteiligten können nämlich auf diese Weise die tatbestandsmäßige Grundlage des Urteils entscheidend beeinflussen. Die in § 241 StPO geregelte Ausnahme ist sachdienlich und mit Art. 103 I GG vereinbar.

6) § 244 III, IV und V StPO.

7) § 257 StPO. Daß es sich hierbei um eine zentrale, in der Praxis häufig mißachtete Bestimmung zur Verwirklichung des Anspruchs auf rechtliches Gehör handelt, stellt deutlich H. Dahs, NJW 62, 2238 heraus. Zu Recht dehnt der Rechtsausschuß diese wichtige Einflußnahmemöglichkeit in § 257 a auch auf die Verteidigung und Staatsanwaltschaft aus.

Eine zusammenfassende Äußerung zur gesamten Beweisaufnahme muß aber auch genügen, da der Angeklagte auch auf diese Weise zu einer umfassenden Einflußnahmemöglichkeit kommt (s. Jagusch, NJW 59, 265).

Fall vortragen ¹⁾. Außerdem gilt im Strafverfahren der Grundsatz der unmittelbaren Beweiserhebung, damit nicht das den Verfahrensbeteiligten zustehende Recht der Zeugen- und Sachverständigenbefragung durch die Verwendung mittelbarer Beweismittel geschmälert werden kann ²⁾. Mit Hilfe dieses Grundsatzes und den

1) § 258 StPO.

Daß dem Angeklagten das "letzte Wort" und der Staatsanwaltschaft ein Erwiderrungsrecht zusteht (§ 258 II StPO), hat hinsichtlich der Reihenfolge dieser Einflußnahmemittel nichts mit dem Gebot des Art. 103 I GG zu tun. Entscheidend ist im Hinblick auf Art. 103 I GG nämlich nur, daß den Verfahrensbeteiligten überhaupt eine Gelegenheit gegeben wird, zu der im Verfahren erörterten Materie zusammenfassend und wirksam Stellung nehmen zu können.

BGHSt, NJW 62, 500 (501) formuliert: "§ 258 III StPO enthält eine besonders weitgehende Ausgestaltung des allen rechtsstaatlichen Verfahren wesentlichen Rechts auf Anhörung, letztlich eine Ausstrahlung der Würde des Menschen, der nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein darf". Sinngemäß ebenso BGHSt 11, 74 ff.

Daß es für die Gewährung des "letzten Worts" auf die tatsächliche Gelegenheit und nicht auf eine ausdrückliche Aufforderung durch das Gericht ankommt, stellt zutreffend BGHSt, NJW 63, 259 ff fest.

Soweit BGHSt 13, 53 (59) hinsichtlich des Schlußworts nur von "wesentlicher Förmlichkeit" redet, kann nicht zugestimmt werden, da das Schlußwort als eine der wichtigsten Realisierungen des Anspruchs aus Art. 103 I GG materiellen Gehalt besitzt.

2) §§ 250 ff StPO.

Wenn BVerfGE 1, 418 (429) meint, daß die Vorschriften der Strafprozeßordnung über die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme dem Angeklagten kein Grundrecht geben, weil Art. 103 I GG keine bestimmte Beweisregel umfasse, so ist dem an sich zuzustimmen. Die Verhältnismäßigkeit des Mittels bei der Gewährung rechtlichen Gehörs erfordert jedoch, daß den Beteiligten eine angemessene, wirksame Einflußnahmemöglichkeit eröffnet wird. Da es an dieser Wirksamkeit der Einflußnahmemöglichkeit bei einer mittelbaren Beweisaufnahme fehlen kann, erfordert das Gebot des Art. 103 I GG, daß ein dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entsprechendes Verfahren bei der Einholung von Beweisen eingehalten wird.

Es dürfen deshalb z. B. zusätzliche belastende Tatsachen (neben den Befundtatsachen), die ein Sachverständiger durch eigene Befragung von Auskunftspersonen außerhalb der Hauptverhandlung feststellt, vom Gericht gegen den Angeklagten nur verwertet werden, wenn sie in zulässiger Weise (also durch Vernehmung der Auskunftsperson in der Hauptverhandlung) in die Hauptverhandlung eingeführt werden (BGHSt 13, 1 ff; siehe auch BGHSt 2, 25 ff). "Der Beweiswert solcher Äußerungen steht erst fest, wenn die Verfahrensbeteiligten Gelegen-

gestatteten Ausnahmen ¹⁾ wird den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit zu einer

Fortsetzung der Fußnote 2 von Seite 98:

heit zur Fragestellung (§ 240 StPO) und Äußerung (§ 257 StPO) gehabt haben" (so BGHSt 9, 292 ff).

Aus den gleichen Gründen dürfen allgemein bekannte Tatsachen nur verwertet werden, wenn sie auch tatsächlich allgemein bekannt sind (vgl. BVerfGE 12, 110 ff; ausdrücklich offengelassen von BVerfGE 10, 177).

Gerichtskundige Tatsachen müssen in den Prozeß ordnungsgemäß eingeführt werden, um verwertet werden zu können. Andernfalls hätten nämlich die Prozeßbeteiligten keine echte Einflußnahmemöglichkeit (vgl. BVerfGE 10, 177 und BGHSt 6, 292 ff; NJW 63, 598).

Das gleiche gilt für beigezogene Akten, deren Inhalt nur insoweit verwertet werden darf, als die Betroffenen dazu Stellung nehmen konnten (vgl. BVerfGE, MDR 63, 820 und Löwe S. 194) und für die Verwertung von Sachverständigen-gutachten (vgl. BVerfGE, MDR 63, 738).

1) §§ 251 ff StPO.

Nach BGHSt 5, 278 darf ein Schriftstück im Urteil nur dann wörtlich verwertet werden, wenn die für den Urkundenbeweis vorgeschriebene Form beachtet wurde. Nur die förmliche Verlesung des Schriftstücks bietet nämlich die Gewähr, "daß insbesondere der Angeklagte auf der Grundlage des Wortlauts zu dem Sinn Stellung nehmen konnte und der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht ... verletzt worden ist".

Ein besonderes Problem stellt die Beweiserhebung durch sog. Zeugen vom Hörensagen dar. Da der Zeuge hierbei nur ein Beweisanzeichen, welches auf ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal hindeutet, bekundet, handelt es sich in erster Linie um ein Problem der Beweismwürdigung (§ 261 StPO). Entgegen BGHSt, MDR 62, 1004 ff bzw. NJW 62, 1876 (gebilligt von Eb. Schmidt, JZ 62, 761) ist mit Meilicke, NJW 63, 425 ff und Arndt, NJW 63, 433 jedoch zu sagen, daß es sich um eine mit Art. 103 I GG nicht mehr vereinbare Beweiserhebung handelt und kein an sich zulässiger Fall des Zeugen vom Hörensagen vorliegt (vgl. BGHSt 6, 209 ff., wenn Tatsachen in einen Prozeß über Zeugen eingeführt werden, die ihr Wissen von Gewährsleuten (v-Männer) besitzen, deren Namen aber gem. § 54 StPO nicht preisgeben dürfen. In diesen Fällen hat nämlich der Angeklagte keine unbeschränkte Einflußnahmemöglichkeit mehr. Es fehlt ihm die Möglichkeit, sich durch Einlassungen und Beweisantritte zur Person des Gewährsmanns äußern zu können. Der Belastete kann nicht dem ins Auge sehen, der in Wahrheit ihn belastet' (Arndt, NJW 63, 433 Anm. 11). Das bedeutet, daß im Fall eines Aussageverbots im Interesse der Staatssicherheit die Erfordernisse des Art. 103 I GG nur dadurch erfüllt werden können, daß die Ermittlungen von unbekannt bleibenden Gewährsleuten auch nicht über Dritte als Beweis in das Verfahren einbezogen werden dürfen

wirksamen Einflußnahme auf die Beweiserhebung gegeben. Um eine volle Ausschöpfung der von den Beteiligten angebotenen Beweismittel zu garantieren, muß die Beweisaufnahme weiterhin grundsätzlich auf alle geladene Zeugen, Sachverständige u. a. Beweismittel erstreckt werden ¹⁾. Im Zusammenhang mit der Regelung, daß die Zeugen und Sachverständigen erst nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten aus der Hauptverhandlung entlassen werden dürfen ²⁾, wird somit den Verfahrensbeteiligten eine umfassende Einflußnahmemöglichkeit auf das Verfahren eröffnet ³⁾.

Eine zusammenfassende Betrachtung der von der Strafprozeßordnung im erstinstanzlichen Verfahren den Verfahrensbeteiligten eingeräumten prozessualen Mittel ergibt, daß den Beteiligten eine dem Art. 103 I GG entsprechende ausreichende einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt wird ⁴⁾. Sie können sowohl auf die Hauptsache als auch auf Nebenstrafen ⁵⁾ und auf die Kostenentscheidung wirksamen Einfluß nehmen.

c) Einflußnahmemöglichkeiten in der Berufungs- und Revisionsinstanz

Neben den auch im Berufungsverfahren geltenden generellen Einflußnahmemöglichkeiten ⁶⁾ werden den Verfahrensbeteiligten außerdem eine Reihe prozessualer Mittel bereitgestellt, die ihnen die sachgerechte Ausübung einer ausreichenden Einflußnahmemöglichkeit in der zweiten Instanz eröffnen. Durch die Berufungseinlegung ⁷⁾ und Berufungsrechtfertigung ⁸⁾ können sie nämlich sowohl zur Zuläs-

Fortsetzung der Fußnote 1 von Seite 99:

(so Arndt bereits in NJW 62, 25 (27)). Es muß vielmehr auf diesen Beweis verzichtet werden, um dem Gebot des Art. 103 I GG nachzukommen. Die Gewährung einer verhältnismäßigen Einflußnahmemöglichkeit ist in diesen Fällen nicht denkbar.

Daß der Anspruch auf rechtliches Gehör der Sicherheit der Streitkräfte usw. vorgeht, stellt zutreffend BGHSt 10, 358 zu einem ähnlichen Fall fest.

1) § 245 StPO mit Ausnahmen.

2) § 248, 2 StPO.

3) Dies gilt auch im Fall einer Nachtragsanklage. § 266 StPO sieht vor, daß der Angeklagte dieselben Informations- und Äußerungsgelegenheiten erhält, wie dies bei der normalen Anklage der Fall ist.

4) Übereinstimmend Kern § 44 A I.

5) Der Angeklagte erhält durch den Antrag der Staatsanwaltschaft von der möglichen Verurteilung in eine Nebenstrafe Kenntnis und ist deshalb in der Lage, auch insoweit Stellung nehmen zu können (so BGHSt NJW 61, 1222).

6) § 332 StPO.

7) § 314 bzw. § 299 i. V. m. § 314 StPO.

8) § 317 StPO bzw. § 299 i. V. m. § 317 StPO.

sigkeit als auch zur Begründetheit der Berufung Stellung nehmen. Außerdem erhalten sie von der vom Gegner eingelegten Berufung durch Vorlegung ¹⁾ bzw. Zustellung ²⁾ Kenntnis. Weiterhin erfolgt die weitere unmittelbare Vorbereitung des Berufungshauptverfahrens (Ladung, Beweisanträge usw.) nach den gleichen Grundsätzen, die vor Beginn des erstinstanzlichen Verfahrens gelten ³⁾. Darüber hinaus erhalten die in der Hauptverhandlung Anwesenden ⁴⁾ eine letzte Informationsgelegenheit über den Berufsgegenstand durch den Vortrag des Berichtstatters über den Verlauf des bisherigen Verfahrens ⁵⁾ und durch die Verlesung des erstinstanzlichen Urteils ⁶⁾. Da die Vernehmung des Angeklagten und die Beweisaufnahme nach den allgemeinen Grundsätzen ⁷⁾ erfolgt, wird den Verfahrensbeteiligten auch insoweit eine umfassende Einflußnahmemöglichkeit eröffnet. Außerdem können die Beteiligten in Form von Schlußvorträgen ⁸⁾ zusammenfassend zur Berufungssache Stellung nehmen.

Damit wird im Berufungsverfahren dem Gebot des Art. 103 I GG nach der geltenden gesetzlichen Regelung in ausreichender Weise Genüge getan.

Im Revisionsverfahren können die Verfahrensbeteiligten ebenfalls ausreichenden Einfluß auf die ergehenden Entscheidungen nehmen.

Durch die Revisionsanträge und die Revisionsbegründung können sie zu dem angefochtenen Urteil Stellung nehmen ⁹⁾. Da der Revisionsgegner von der eingelegten

1) § 320 S 1 StPO.

2) § 320 S 2 StPO.

3) § 323 StPO.

4) Der ausdrückliche Hinweis in der Ladung des Angeklagten (§ 323 I i. V. m. § 216 StPO) auf die Folgen des Ausbleibens in der Hauptverhandlung (§ 323 I 2 StPO) "trägt der für den Angeklagten bei seinem Ausbleiben in der Berufungsverhandlung bestehenden Gefahr Rechnung, mit seiner sachlichen Verteidigung kein rechtliches Gehör mehr zu finden" (so BayObLGSt, NJW 62, 1928). Es bestehen deshalb keine Bedenken gegen die Regelung des § 329 I StPO, wonach trotz Abwesenheit des ordnungsgemäß geladenen Angeklagten die Berufung verworfen bzw. in der Sache entschieden werden kann. Der Angeklagte hat nämlich in diesem Fall die ihm gebotene Gelegenheit zur einflußnahmeberechtigenden Anwesenheit nicht genutzt. (Ebenso Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 52) Entsprechendes gilt bei § 391 III StPO.

5) § 324 I 1 StPO;

6) § 324 I 2 StPO;

7) §§ 324 II und 325 StPO.

8) § 326 StPO.

9) §§ 341, 344 und 345 StPO.

Daß die Revisionsbegründung von einem Rechtsanwalt eingelegt oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden muß, beeinträchtigt die Einflußnahmemöglichkeit des Angeklagten nicht (ausführlich BVerfGE 10, 274).

Revision durch Zustellung derselben an ihn ¹⁾ erfährt, kann er sich über den Revisionsgegenstand informieren und in Form einer Revisionsgegnerklärung Stellung nehmen ²⁾. Weil sich das Revisionsverfahren nur mit den gestellten Anträgen befaßt ³⁾, erhalten mithin beide Verfahrensbeteiligten ausreichende Gelegenheit, sich vor Beginn der Revisionshauptverhandlung zur Zulässigkeit und Begründetheit der gestellten Revisionsanträge äußern zu können.

Ort und Zeit der Hauptverhandlung sind dem Angeklagten und (oder) seinem Verteidiger mitzuteilen ⁴⁾. Außerdem haben beide Beteiligten in der Hauptverhandlung selbst ein einflußnahmeberechtigendes Anwesenheitsrecht ⁵⁾. Letztmals in-

1) § 347 I 1 StPO. Soweit BVerfGE 7, 275 und BayVerfGH, NJW 62, 1387 die Zustellung der Revisionsgegnerklärung nur dann verlangen, wenn sie neue erhebliche Tatsachen und Beweisergebnisse enthält, jedoch nicht, wenn sie nur Rechtsausführungen beinhaltet, kann ihnen nicht zugestimmt werden.

2) § 347 I 2 StPO.

3) § 352 I StPO.

4) § 350 I StPO. Da nach § 214 I 1 StPO die Staatsanwaltschaft die Ladung zu bewirken hat, erfährt sie von Ort und Zeit der Revisionsverhandlung.

5) § 350 II 1 StPO. Wenn nach § 350 II 2 StPO der nicht auf freiem Fuß befindliche Angeklagte kein Anwesenheitsrecht in der Revisionsverhandlung hat, so verstößt diese Regelung nicht gegen Art. 103 I GG. Da die Revision nur auf eine Gesetzesverletzung gestützt werden kann (§ 337 StPO) und die Revisionsbegründung für den Angeklagten ohnehin von einem Anwalt eingelegt werden muß, (§ 345 II StPO) entfällt im Normalfall das Bedürfnis dafür, daß die Anwesenheit des Angeklagten wegen seiner Kenntnis über die tatsächlichen Umstände geboten ist. Wird allerdings im Wege des Freibeweises eine dienstliche Äußerung über eine prozessuale Tatsache eingeholt, so ist diese dienstliche Äußerung den Verfahrensbeteiligten rechtzeitig mitzuteilen, um ihnen auf diese Weise eine sachdienliche Informations- und Äußerungsgelegenheit zu eröffnen. (So BVerfGE 7, 275; 9, 261 (266); 10, 274; Peters, JZ 58, 435). Im übrigen wäre es wenig sachdienlich und zuviel verlangt, wenn der Angeklagte, der im Normalfall keine für eine Revision ausreichende Gesetzeskenntnis besitzt, die vom Anwalt ausgearbeitete Revisionsbegründung vortragen können sollte. Die praktischen Gründe (Verhinderung der Flucht usw.), die für den Ausschluß eines verhafteten Angeklagten von der Hauptverhandlung sprechen, überwiegen daher in diesem Fall. (Im Gegensatz zu den vorweggenommenen Beweiserhebungen in den Fällen der §§ 193 IV und 224 II StPO). Um jedoch dem nicht auf freiem Fuß befindlichen Angeklagten in jedem Fall ein "fair trial" zu garantieren, sieht § 350 III des Rechtsausschusses die Bestellung eines Pflichtverteidigers vor.

formiert über den Revisionsgegenstand werden sie durch den Vortrag des Berichterstatters ¹⁾. Anschließend erhalten sie Gelegenheit, sich zu den Revisionsanträgen zu äußern ²⁾.

Daraus folgt, daß auch im Revisionsverfahren die Verfahrensbeteiligten auf jede Entscheidung ausreichenden Einfluß nehmen können.

d) Beschränkung der Einflußnahmemöglichkeit

Innerhalb des Hauptverfahrens kann nach der gesetzlichen Regelung in mehreren Fällen die Informations- und Äußerungsgelegenheit des Angeklagten aus legitimen Verfahrensgründen eingeschränkt werden.

Im beschleunigten Verfahren ³⁾ stehen dem Angeklagten vor Beginn der eigentlichen Hauptverhandlung nicht die gleichen Vorbereitungsmöglichkeiten zu seiner Verteidigung zur Verfügung wie im normalen Hauptverfahren. Die Staatsanwaltschaft kann nämlich dann, wenn der Sachverhalt einfach und die sofortige Aburteilung möglich erscheint, den Antrag stellen, ein beschleunigtes Verfahren durchzuführen ⁴⁾. Das hat zur Folge, daß es weder der Einreichung einer Anklageschrift ⁵⁾, noch der Eröffnung des Hauptverfahrens ⁶⁾ und der Ladung des Angeklagten mit einer einwöchigen Ladungsfrist bedarf ⁷⁾. Vielmehr ist der Angeklagte nur 24 Stunden vor Beginn der Hauptverhandlung zu laden ⁸⁾ und in der Ladung nur kurz über die ihm zur Last gelegte Tat zu informieren ⁹⁾. Eine ausführliche Informationsgelegenheit über die ihm vorgeworfene strafbare Handlung erhält er erst dadurch, daß zu Beginn der Verhandlung die Anklage mündlich erhoben werden muß ¹⁰⁾.

1) § 351 I StPO.

2) § 351 II StPO.

3) §§ 212 ff StPO.

4) § 212 StPO.

Darüber hinaus sind die Voraussetzungen des § 212 b StPO zu beachten. Mit der Stellung des Antrags auf Aburteilung im beschleunigten Verfahren verzichtet die Staatsanwaltschaft auf eine ausführliche Vorbereitung der Anklage. Ihr Anspruch auf rechtliches Gehör kann deshalb im beschleunigten Verfahren hinsichtlich der Vorbereitung der Hauptverhandlung nicht verletzt sein.

5) § 212 a II 1 StPO.

6) § 212 a I StPO.

7) § 212 a I und III 1 StPO.

8) § 212 a III 3 StPO. Selbst diese Ladung kann unterbleiben, wenn der Angeklagte freiwillig zur Verhandlung erscheint oder vorgeführt wird (§ 212 a III 1 StPO).

9) § 212 a III 2 StPO.

10) § 212 a II 2 StPO.

Aus diesen Umständen ergibt sich, daß dem Angeklagten im beschleunigten Verfahren nicht die Möglichkeit gegeben ist, sich vor Beginn der Hauptverhandlung in gleichem Umfang über den ihm gemachten Vorwurf informieren und entsprechende Verteidigungsmaßnahmen einleiten zu können, wie dies im normalen Verfahren der Fall ist. Im beschleunigten Verfahren entfällt vielmehr das Zwischenverfahren. Außerdem ist die Vorbereitung der Hauptverhandlung auf ein Mindestmaß beschränkt. Diese Einschränkung ist jedoch sachgerecht, da im beschleunigten Verfahren zum einen nur leichte und klarliegende Sachverhalte zur Aburteilung kommen dürfen, und zum anderen dem Angeklagten im Verlauf des eigentlichen Verfahrens die gleichen umfangreichen Einflußnahmemöglichkeiten wie im normalen Hauptverfahren zustehen ¹⁾. Darüber hinaus hat der Angeklagte die Möglichkeit, eine Aburteilung im beschleunigten Verfahren dadurch zu Fall zu bringen, daß er den gegen ihn erhobenen Vorwurf mit beachtlichen Argumenten bestreitet. Unter diesen Umständen ist nämlich keine sofortige Aburteilung möglich, da der Sachverhalt nicht mehr als einfach betrachtet werden kann. Infolgedessen kann eine Aburteilung auch nicht im beschleunigten Verfahren erfolgen ²⁾. Liegt der Sachverhalt jedoch einfach und klar, so ist es wenig sachdienlich, ein zeit- und kostenraubendes langwieriges Vorverfahren der Hauptverhandlung vorzuschalten, obwohl mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen werden muß, daß der Angeschuldigte daraus keinen Vorteil für seine Verteidigung ziehen kann oder will. Es reicht daher aus, wenn ihm in der Hauptverhandlung die normalen und ausreichenden prozessualen Mittel zur Information und Äußerung gegeben werden. Andernfalls käme es zu einer unnötigen Verschleppung des Verfahrens.

Die im beschleunigten Verfahren vorgesehene beschränkte Einräumung einer Subjektstellung für den Angeklagten vor Beginn des Hauptverfahrens widerspricht daher nicht den Erfordernissen des Art. 103 I GG, sondern wird von dem damit verfolgten Verfahrenszweck gerechtfertigt.

Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung stellt zugleich eines der stärksten prozessualen Rechte hinsichtlich der Gewährung einer umfassenden Einflußnahmemöglichkeit auf den Ausgang des Verfahrens dar ³⁾. Von diesem Grundsatz kann jedoch nach der gesetzlichen Regelung bei bestimmten Gegebenheiten abgewichen werden. Es ist daher zu untersuchen, ob in diesen Fällen dem

1) Da der Staatsanwaltschaft im Hauptverfahren die gleichen Einflußnahmemöglichkeiten gegeben sind wie im normalen Hauptverfahren, ist Art. 103 I GG insoweit Genüge getan.

2) Dies ist sowohl vor der Hauptverhandlung (§ 212 b I StPO) als auch in der Hauptverhandlung bis zur Verkündung des Urteils möglich (§ 212 b II StPO).

3) Etwa nach § 231 I StPO.

Gebot des Art. 103 I GG trotzdem nachgekommen wird ¹⁾.

Wird die Verhandlung begonnen bzw. fortgesetzt, obwohl der Angeklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht zum Termin erschien ²⁾, bzw. sich aus der Verhandlung entfernte ³⁾, so liegt hierin keine Schmälerung der Einflußnahmemöglichkeiten des Angeklagten. In beiden Fällen hat er nämlich die Gelegenheit zur Anwesenheit in der Verhandlung. Wenn er diese Möglichkeit ungenutzt verstreichen läßt, verzichtet er auf die Ausübung der ihm gebotenen einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung im Prozeß ⁴⁾. Denn er nimmt dann die ihm gebotene Einflußnahmemöglichkeit trotz Kenntnis der möglichen Folgen ⁵⁾ nicht wahr.

Ein Verstoß gegen Art. 103 I GG liegt deshalb nicht vor, wenn in den genannten Fällen in Abwesenheit des Angeklagten über dessen "Sache" entschieden wird. Dies gilt insbesondere, weil der Angeklagte außerdem die Möglichkeit besitzt, sich in der Hauptverhandlung durch einen Verteidiger vertreten zu lassen ⁶⁾ und weil seine eventuelle richterliche Vernehmung ⁷⁾ in der Hauptverhandlung zu verlesen ist ⁸⁾. Er kann damit trotz Abwesenheit einen sachgerechten, wenn auch beschränkten Einfluß auf den Ausgang des Verfahrens ausüben.

Ausnahmsweise kann dem Angeklagten die Anwesenheit in der Hauptverhandlung versagt werden ⁹⁾ oder eine Hauptverhandlung durchgeführt werden, obwohl von vornherein bekannt ist, daß der Angeklagte nicht an der Hauptverhandlung teilnehmen wird (Abwesenheitsverfahren) ¹⁰⁾.

1) Die ausreichende Gewährung eines Anspruchs auf rechtliches Gehör für die Staatsanwaltschaft bleibt davon unberührt. Sie hat nämlich die gleichen Einflußnahmemöglichkeiten wie im normalen Hauptverfahren.

2) §§ 232 und 233 StPO.

Entsprechendes gilt nach § 329 StPO im Berufungsverfahren.

3) § 231 II StPO.

4) Ebenso Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 52 und 60; Löwe, S. 160.

5) Nach § 232 I 1 und 2 StPO ist der Angeklagte in der Ladung darauf hinzuweisen, daß er in Abwesenheit verurteilt werden kann. Im Fall des § 233 I 1 StPO wird er auf seinen Antrag hin von der Erscheinungspflicht entbunden, nachdem er über die trotzdem mögliche Bestrafung belehrt worden ist (§ 233 II 2 StPO).

6) § 234 StPO.

7) Im Fall des § 233 StPO ist eine richterliche Vernehmung obligatorisch durchzuführen (§ 233 II 1 StPO).

8) §§ 232 III und 233 III 2 StPO.

9) § 247 StPO.

10) §§ 276 ff StPO.

Wenn zu befürchten ist, daß ein Mitangeklagter oder Zeuge in Gegenwart des Angeklagten nicht die Wahrheit sagen wird, kann die Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungszimmer während der Vernehmung des Mitangeklagten bzw. Zeugen angeordnet werden ¹⁾. Diese Maßnahme ist wegen des von ihr angestrebten Verfahrenszwecks gerechtfertigt. Das Gericht hat nämlich die Aufgabe, die Wahrheit im Verfahren zu erforschen und aufgrund der angestellten Ermittlungen ein Urteil zu fällen. Sobald diese vordringliche Aufgabe durch die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung gefährdet wird, hat daher das Recht des Angeklagten gegenüber dem höherrangigen Verfahrenszweck zurückzutreten. Nur auf diese Weise kann der beabsichtigte Verfahrenszweck erreicht werden.

Da die Beschränkung der Einflußnahmemöglichkeit nicht länger aufrechterhalten wird als dies zur Erreichung des Verfahrenszwecks erforderlich ist, steht die Regelung von § 247 StPO nicht in Widerspruch zu Art. 103 I GG. Nach der Vernehmung von Zeugen und Mitangeklagten ist nämlich der Angeklagte zur Anwesenheit im Verfahren wieder berechtigt und außerdem über den Inhalt der in seiner Abwesenheit gemachten Aussagen zu informieren ²⁾. Daraus ergibt sich, daß die Regelung des § 247 StPO die einflußnahmeberechtigende Subjektstellung des Angeklagten nicht in unverhältnismäßiger Weise einschränkt. Sie entspricht vielmehr im vollen Umfang den Erfordernissen des Art. 103 I GG, da der Angeklagte die Gelegenheit hat, sich über die in seiner Abwesenheit angestellten Ermittlungen zu informieren und zu äußern ³⁾.

1) § 247 I 1 StPO.

Entsprechendes gilt für die Fälle der §§ 247 I 2 und 247 II StPO. Im Fall des § 247 II StPO hat der Angeklagte die ihm gegebene Gelegenheit zur Äußerung durch eigenes Verhalten verwirkt. (Maunz-Dürig a. a. O., Rdn. 60). Daß es sich bei § 247 StPO um eine eng auszulegende Ausnahmeregelung handelt, stellen BGHSt, NJW 61, 132 und Küster NJW 61, 419 zutreffend fest.

2) § 247 I 3 StPO.

Nach BGHSt 1, 346 (349/350) hat die Unterrichtung auch dann zu erfolgen, wenn die Aussage des Mitangeklagten oder Zeugen nichts Neues enthielt. Nur auf diese Weise kann dem Angeklagten eine umfassende Informations- und Äußerungsmöglichkeit zum gesamten Prozeßgeschehen eingeräumt werden.

3) Im Hinblick auf das Gebot des Art. 103 I GG ist unbedenklich, wenn es OLG Braunschweig, NJW 63, 1322 ff unter Hinweis auf die Rechtsprechung des RG's für zulässig hält, den Angeklagten über die von § 247 StPO erfaßten Fälle hinaus auch dann in Ausnahmefällen abtreten zu lassen, wenn "das Interesse der Ermittlung der Wahrheit größer als das Interesse des Angeklagten an der ununterbrochenen Anwesenheit" ist und der Angeklagte anschließend Kenntnis von den inzwischen eingeholten Ermittlungen erhält. "Eine solche Wiederholung ist die notwendige Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes Verfahren".

Im Abwesenheitsverfahren¹⁾ kann auch ein in der Hauptverhandlung nicht gegenwärtiger Angeklagter verurteilt und damit in seine Rechtsstellung nachhaltig und beeinträchtigend eingegriffen werden. Trotz dieser starken Schmälerung einer wirksamen Einflußnahmemöglichkeit wird nach der geltenden gesetzlichen Regelung im Abwesenheitsverfahren dem Angeklagten rechtliches Gehör in ausreichender Weise gewährt. Findet nämlich ausnahmsweise²⁾ ein Abwesenheitsverfahren statt, so ist der Angeklagte zur Hauptverhandlung öffentlich zu laden³⁾, wobei in der Ladung darauf hinzuweisen ist, daß die Verhandlung auch im Fall eines Ausbleibens des Angeklagten stattfindet⁴⁾. In dieser öffentlichen Ladung kann der Angeklagte die ihm zur Last gelegte Tat sowie Ort und Zeit der stattfindenden Hauptverhandlung erfahren⁵⁾. Er hat damit eine ausreichende Gelegenheit, seine Verteidigung vorzubereiten⁶⁾. Wenn er die ihm in der Hauptverhandlung gebotenen Einflußnahmemöglichkeiten durch Nichterscheinen ungenutzt verstreichen läßt, so nimmt er die Ausübung des ihm gewährten Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht wahr. Es kann daher in diesem Fall in seiner Abwesenheit ein Verfahren mit abschließender Entscheidung stattfinden, ohne daß damit das Gebot des Art. 103 I GG verletzt würde.

Da die öffentliche Ladung jedoch auch dann als erfolgt gilt, wenn sie ohne Verschulden nicht zu dessen Kenntnis gelangt⁷⁾, der Angeklagte also effektiv keine Informations- und Äußerungsgelegenheit besitzt, fragt es sich, ob die gesetzliche

Fortsetzung der Fußnote 3 von Seite 106:

A. A. Kleinknecht, NJW 63, 1322, der keine Ausnahmen von der Anwesenheitspflicht und dem Anwesenheitsrecht des Angeklagten über die im Gesetz genannten Fälle hinaus für zulässig hält.

Löwe, S. 205 ff hält sogar die Regelung des § 247 StPO für verfassungswidrig, da die Unterrichtung nach § 247 I 3 StPO im Hinblick auf Art. 103 I GG unzureichend sei.

1) §§ 276 ff StPO.

2) Aus den §§ 276, 277 II und III StPO ergibt sich, daß ein Abwesenheitsverfahren infolge der strengen gesetzlichen Voraussetzungen nur in wenigen Fällen zulässig ist.

3) §§ 279 I 1 und 280 I und II StPO.

4) § 279 III StPO.

5) § 279 II Ziff. 2 und 4 StPO.

6) Um den Angeklagten zum Erscheinen in der Hauptverhandlung zu bewegen, kann ihm sicheres Geleit zugesichert werden (§ 295 StPO).

7) § 280 I 2 StPO.

Dies gilt jedoch nicht, wenn die öffentliche Ladung erfolgt, um einen durch beabsichtigte Willkürmaßnahmen zur Flucht genötigten Angeklagten im Abwesenheitsverfahren verurteilen zu können. In diesem Fall eröffnet die öffentliche Ladung keine Einflußnahmemöglichkeit (BVerfGE 1, 332), da sie mißbraucht wird.

Regelung auch unter diesen Umständen den Anforderungen des Art. 103 I GG genügt. Da das Interesse an einer geordneten Rechtspflege fordert, daß Straftaten auch dann verfolgt werden können, wenn der Aufenthaltsort des Angeklagten unbekannt ist, er also nicht auf übliche Weise zur Hauptverhandlung geladen werden kann ¹⁾, stellt die öffentliche Ladung das denkbar günstigste prozessuale Mittel dar, um den Angeklagten von der beabsichtigten Durchführung eines Strafverfahrens gegen ihn in Kenntnis zu setzen. Die öffentliche Ladung ist daher das sachdienliche und zugleich verhältnismäßige Mittel bei der Gewährung einer einflußnahmebefugten Subjektstellung für den Angeklagten im Abwesenheitsverfahren. Falls die öffentliche Ladung den Angeklagten doch nicht erreicht, geht das höherwertige Interesse an einer geordneten Rechtspflege dem Individualinteresse des Angeklagten an seiner Verteidigung vor ²⁾.

Damit diese Konfliktslage jedoch möglichst selten eintritt, ist die Ladung unter Beifügung der Anklageschrift auch den Angehörigen und nahestehenden Bekannten des Angeklagten mitzuteilen, wenn deren Aufenthalt bekannt ist ³⁾. Da diese den Angeklagten auch im Prozeß vertreten können ⁴⁾, wird dem Angeklagten, wenn er in der Hauptverhandlung nicht persönlich erscheinen will oder kann, auf diesem Weg eine sachdienliche und zugleich verhältnismäßige Einflußnahmemöglichkeit eingeräumt. Darüber hinaus ist aber auch dem Angeklagten im Fall seines Nichterscheinens in der Hauptverhandlung von Amts wegen ein Pflichtverteidiger zu bestellen, über den er in der Hauptverhandlung seine Interessen wahrnehmen lassen kann ⁵⁾. Da außerdem das Verfahren vorläufig eingestellt werden muß, wenn die Schuld oder Nichtschuld des Angeklagten ohne dessen persönliche Anwesenheit

1) Dies ist nach § 276 I StPO nur möglich, "soweit eine Gestellung vor das zuständige Gericht nicht ausführbar oder nicht angemessen erscheint". Im Hinblick auf Art. 103 I GG sind an diese Voraussetzungen strenge Maßstäbe anzulegen. Deshalb geht, soweit eine normale Ladung möglich ist, diese vor (§ 280 III StPO).

2) Ebenso Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 53 und 47 zu der öffentlichen Zustellung im Zivilverfahren. A. A. Löwe, S. 233 ff, der aber die öffentliche Zustellung aus Praktikabilitätsgründen trotzdem billigt.

3) § 280 III StPO.

4) § 281 StPO.

Nach § 282 b StPO können die Angehörigen auch Rechtsmittel für den Angeklagten einlegen und damit in den Instanzgerichten für den Angeklagten den Anspruch auf rechtliches Gehör ausüben.

5) § 140 I Ziff. 7 StPO. Mangels persönlicher Kenntnis des Verteidigers vom Tathergang ist diese Regelung allerdings nur eine Ersatzlösung für die Gewährung rechtlichen Gehörs. Sie ist jedoch die denkbar beste.

nicht festgestellt werden kann ¹⁾, wird von der gesetzlichen Regelung alles getan, um zu verhindern, daß ein wehrloser Angeklagter verurteilt wird.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß von der gesetzlichen Regelung alles versucht wird, um dem abwesenden Angeklagten eine möglichst ungeschmälerter einflußnahmeberechtigende Subjektstellung im Prozeß einzuräumen. Soweit dies nicht im gleichen Umfang wie im normalen Hauptverfahren geschehen kann, gebietet es der verfolgte Verfahrenszweck. Die gesetzliche Regelung des Abwesenheitsverfahrens ist daher sachdienlich und greift nicht in unverhältnismäßiger Weise in die Subjektstellung des Angeklagten ein. Das Abwesenheitsverfahren steht mithin mit dem Gebot des Art. 103 I GG im Einklang ²⁾.

3. Anspruch auf rechtliches Gehör in besonderen Verfahrensarten

Neben dem erörterten Hauptverfahren kennt die Strafprozeßordnung eine Reihe besonderer Verfahren, in deren Verlauf ebenfalls in die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten nachhaltig und beeinträchtigend eingegriffen werden kann. Es ist deshalb auch in diesen Verfahren den Prozeßbeteiligten rechtliches Gehör in ausreichendem Umfang zu gewähren.

a) Beteiligung des Verletzten am Verfahren

Wenn am Strafverfahren außer dem Angeklagten und der Staatsanwaltschaft auch der durch die Straftat Verletzte beteiligt ist, wird nach der geltenden gesetzlichen Regelung auch diesem eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt. Die Notwendigkeit dafür folgt aus der Tatsache, daß der Beteiligte - sei er Privatkläger, Nebenkläger oder Geschädigter im Adhäsionsverfahren - im Prozeß eine vom Gesetz zugelassene Funktion zur Wahrnehmung seiner Verfolgungs- und Vergeltungsinteressen ausüben kann ³⁾. Soll er diese Aufgabe sachgerecht erfüllen können, so müssen ihm vom Gesetz die dazu erforderlichen prozessualen Mittel bereitgestellt werden. Dies hat durch Einräumung einer einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung zu geschehen. Nur dadurch ist es dem Verletzten möglich, sich gegen eine Beeinträchtigung seiner Verfolgungs- und Vergeltungsinteressen wirkungsvoll zur Wehr setzen zu können.

1) § 282 StPO. Da es sich hierbei um einen den Angeklagten begünstigenden Beschluß handelt, muß ihm insoweit keine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet werden.

2) § 282 c StPO läßt darüber hinaus die Wiederaufnahme des Verfahrens zu. Obwohl in diesen Fällen die Wiederaufnahme so gut wie immer zulässig ist, kann darin im Gegensatz zu Röhl, NJW 53, 1531 nicht die Gewährung rechtlichen Gehörs gesehen werden (ebenso Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 53).

3) Eb. Schmidt II Vorbem. § 374 Rdn. 1.

Im Privatklageverfahren ¹⁾ wird dem Privatkläger eine ausreichende Einflußnahmemöglichkeit dadurch eröffnet, daß ihm nach der gesetzlichen Regelung die Möglichkeit gegeben ist, gegen einen Beschuldigten Klage zu erheben ²⁾ und - falls es zum Prozeß kommt - dort die Rechte und Befugnisse, die im normalen Verfahren der Staatsanwaltschaft zustehen, selbst oder durch einen Anwalt ³⁾ auszuüben ⁴⁾. Er hat damit eine ausreichende Gelegenheit, zur Zulässigkeit und Begründetheit der Klage Stellung und auf alle vom Gericht ergehenden Entscheidungen Einfluß zu nehmen ⁵⁾.

Wird das Gericht durch vor der Hauptverhandlung angeordnete und durchgeführte Beweisermittlungen veranlaßt, die Privatklage oder mündliche Verhandlung zurückzuweisen ⁶⁾ oder das Verfahren einzustellen ⁷⁾, so entspricht dieses Verfahren ⁸⁾ den Erfordernissen des Art. 103 I GG nur, weil die Beweiserhebungen dem Privatkläger rechtzeitig vor Erlaß der Entscheidungen zur Stellungnahme mitgeteilt werden müssen ⁹⁾. Andernfalls würde nämlich über das vom Gesetz für rechtlich relevant erklärte Interesse des Privatklägers auf Verfolgung eines von ihm für schuldig Befundenen entschieden, ohne daß der Privatkläger die Möglichkeit erhalten hätte, in vollem Umfang auf die seinen Interessen zuwiderlaufende gerichtliche Entscheidung Einfluß zu nehmen. Müßte also die Beweiserhebung dem Privatkläger vor der Entscheidung über die Zurückweisung oder Einstellung

1) §§ 374 ff StPO. Entsprechendes gilt für den Fall der Widerklage nach § 388 StPO.

2) § 381 bzw. § 388 StPO.

3) § 378 StPO.

4) §§ 384 I, 385 I i. V. m. 386 II StPO, abgesehen von geringfügigen Modifikationen, die allerdings die ausreichende Gewährung eines Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht berühren (z. B.: Akteneinsicht nur über einen Anwalt (§ 385 IV StPO) oder Ladung durch die Geschäftsstelle (§ 385 II StPO)).

5) Dies gilt auch hinsichtlich eines etwaigen Einstellungsurteils nach § 389 StPO.

6) § 383 I StPO. Der Angeklagte ist hierzu ebensowenig zu hören wie vor Erlaß eines Eröffnungsbeschlusses.

7) §§ 383 II 1 und 390 V StPO.

8) § 384 I i. V. m. § 202 StPO.

9) Im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft erfährt der Privatkläger vom Ergebnis der gerichtlichen Ermittlungen nicht durch eine Übersendung der Akten gem. § 197 I StPO. Es müssen ihm daher die Niederschriften über die Ermittlungen mitgeteilt werden, was sich aus § 385 I i. V. m. § 33 StPO ergibt. Aus Art. 103 I GG folgt nicht, daß der Privatkläger bei der Durchführung der Ermittlungen zugegen sein muß (BayVerfGH, NJW 62, 531). Ein anderes Verfahren wäre nämlich nicht sachdienlich.

nicht mitgeteilt werden, widerspräche dies dem Gebot des Art. 103 I GG ¹⁾.

Auch dem Angeklagten wird im Privatklageverfahren eine ausreichende Subjektstellung eingeräumt ²⁾. So erhält er von der gegen ihn erhobenen Klage durch Mitteilung derselben an ihn Kenntnis und kann auf sie in einer angemessenen Frist erwidern ³⁾. Außerdem hat er dieselben Einflußnahmemöglichkeiten wie im normalen Hauptverfahren ⁴⁾. Soweit ihm ausnahmsweise nicht die Möglichkeit gegeben ist, im Fall der Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts eine Aussetzung des Verfahrens mit der Begründung zu beantragen, auf die neue Situation nicht genügend vorbereitet zu sein ⁵⁾, liegt keine unverhältnismäßige Einschränkung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör vor. Denn der mit dieser Regelung verfolgte Verfahrenszweck besteht darin, einen Mißbrauch des Privatklageverfahrens - das durchgeführt werden darf, obwohl kein öffentliches Interesse an der Verfolgung der behaupteten Straftat besteht - zu verhindern. Die Parteien sollen den Prozeß nämlich nicht ungebührlich ausdehnen können, sondern im Interesse der Prozeßökonomie das Privatklageverfahren in einem Zug durchführen müssen ⁶⁾. Wenn daher bei der Verfolgung von Delikten, die nicht so schwer sind, daß das öffentliche Interesse eine Aburteilung verlangt, dem Angeklagten die Möglichkeit genommen wird, eine Aussetzung des Verfahrens beim Auftreten neuer Umstände zu verlangen, ist die damit verbundene Einschränkung der Einflußnahmemöglichkeit sachdienlich und vom Verfahrenszweck her gerechtfertigt ⁷⁾.

1) Ebenso BVerfGE 8, 184 (185); BayVerfGHE 10, 1 (3); BayVerfGH NJW 62, 531; BGHSt 11, 273 (279) als obiter dictum.

2) Hinsichtlich der Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 383 I StPO) muß dem Angeklagten ebensowenig eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet werden wie vor dem Eröffnungsbeschluß im normalen Verfahren.

3) § 382 bzw. § 388 II StPO.

4) § 384 I StPO.

Ausdrücklich geregelt ist die Ladungsfrist (§ 385 III StPO), die Befugnis, sich in der Hauptverhandlung durch einen Anwalt vertreten zu lassen (§ 387 I StPO) und Zeugen unmittelbar zu laden (§ 386 II StPO).

5) § 384 III i. V. m. § 265 III StPO. Diese Regelung wird in der Literatur unbeantwortet hingenommen (KMR § 384 Nr. 3 und Eb. Schmidt II, § 384 Rdn. 7).

6) Gefördert wird die Prozeßökonomie außerdem dadurch, daß das Gericht im Privatklageverfahren den Umfang der Beweisnahme nach freiem Ermessen bestimmt (§ 384 II StPO). Das bedeutet, daß eine Beweisaufnahme etwa auch dann abgelehnt werden könnte, wenn sie dazu führen würde, daß neue, vom Privatkläger in der Klage nicht vorgetragene Umstände zu Lasten des Angeklagten auftreten würden.

7) Im übrigen ist zu bedenken, daß § 384 III StPO kaum praktisch werden kann, weil beim Auftreten neuer Umstände es insoweit an der Prozeßvoraussetzung des Sühneversuchs (§ 380 StPO) in so gut wie allen Fällen fehlen wird.

Im Nebenklageverfahren ¹⁾ hat der Nebenkläger die Möglichkeit, seine legitimen Interessen an einer Strafverfolgung des Täters dadurch in ausreichender Weise wahrzunehmen, daß er sich der öffentlichen Klage durch eine schriftliche Erklärung anschließen kann ²⁾ und ihm im Verfahren die gleichen hinreichenden Einflußnahmemöglichkeiten wie dem Privatkläger zustehen ³⁾. Dadurch, daß infolge des Anschlusses des Nebenklägers das Verfahren nicht aufgehoben werden darf ⁴⁾ - der Nebenkläger also unter Umständen von den bereits vor dem Anschluß ergangenen Entscheidungen keine Kenntnis erhält ⁵⁾ oder wegen der Kürze der Zeit zu den bereits festgesetzten Terminen nicht mehr geladen wird ⁶⁾ - wird das Gebot des Art. 103 I GG nicht verletzt. Es liegt nämlich in der Hand des Nebenklägers, wann er seine Anschlußerklärung abgeben will. Geschieht dies erst nach Beginn des Hauptverfahrens, so läßt er die ihm gebotene Gelegenheit, auf das Verfahren von Anfang an Einfluß nehmen zu können, ungenutzt verstreichen. Mangels Aktivität kann sich der Nebenkläger daher nicht auf eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör berufen.

1) §§ 395 ff und entsprechend im Fall des § 377 III StPO.

2) § 395 I 1 i. V. m. § 396 I StPO. In der Anschlußerklärung kann der Nebenkläger erschöpfend vortragen, was seine Nebenklägerschaft rechtfertigt. Es wird ihm daher rechtliches Gehör auch für den Fall gewährt, daß die Anschlußerklärung als nicht berechtigt abgelehnt wird.

Vor der gerichtlichen Entscheidung über die Berechtigung der Anschlußerklärung ist die Staatsanwaltschaft zu hören (§ 396 II StPO). Diese Anhörung hat jedoch nichts mit dem Anspruch aus Art. 103 I GG zu tun, da die Staatsanwaltschaft in ihrer Funktion weder durch die Bejahung noch durch die Verneinung der Anschlußberechtigung beeinträchtigt werden kann. Aus denselben Gründen braucht auch der Angeklagte vor der Entscheidung über die Berechtigung der Anschlußerklärung nicht gehört werden.

3) § 397 StPO. Das bedeutet u. a., daß der Nebenkläger zu hören ist, wenn aufgrund von Ermittlungen außerhalb der Hauptverhandlung das Verfahren eingestellt wird und der Nebenkläger schon vorher seinen Anschluß erklärt hat. Dies folgt aus § 397 i. V. m. 385 I i. V. m. § 33 StPO.

Aus dieser Erkenntnis folgt weiterhin, daß zunächst über die Anschlußerklärung befunden werden muß, bevor das Verfahren eingestellt werden kann (BVerfG, MDR 63, 26). Im anderen Fall würde nämlich über das Verfolgungs- und Vergeltungsinteresse des Nebenklägers entschieden, ohne daß ihm eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet würde.

4) § 398 I StPO.

5) § 399 I StPO.

6) § 398 II StPO.

Da der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten im Nebenklageverfahren dieselben ausreichenden Einflußnahmemöglichkeiten wie im Hauptverfahren eingeräumt werden, entspricht das Nebenklageverfahren auch insoweit den Anforderungen des Art. 103 I GG.

Im Adhäsionsverfahren¹⁾ wird dem Verletzten vom Gesetz die Möglichkeit eingeräumt, innerhalb des Strafverfahrens einen aus der Straftat resultierenden vermögensrechtlichen Anspruch gegen den Angeklagten geltend zu machen. Es muß ihm deshalb auch hinsichtlich des zivilrechtlichen Anspruchs eine ausreichende Informations- und Äußerungsgelegenheit durch Bereitstellung geeigneter prozessualer Mittel eröffnet werden. Ebenso muß dem Angeklagten die Gelegenheit eingeräumt werden, sich nicht nur zum strafrechtlichen Vorwurf, sondern auch zu dem zivilrechtlichen Anspruch äußern zu können.

Der Verletzte ist von dem stattfindenden Strafverfahren möglichst frühzeitig zu benachrichtigen²⁾, damit ihm eine ausreichende Vorbereitungszeit verbleibt, um seinen vermögensrechtlichen Anspruch gegen den Angeklagten in Form eines schriftlichen Antrags vor der Hauptverhandlung oder in Form eines mündlichen Vortrags in der Hauptverhandlung geltend machen und begründen zu können³⁾. Da er darüber hinaus von Ort und Zeit der Hauptverhandlung zu benachrichtigen ist⁴⁾ und an der Hauptverhandlung einflußnahmeberechtigt teilnehmen kann⁵⁾, werden dem Verletzten im Adhäsionsverfahren alle erforderlichen prozessualen Mittel eingeräumt, um ihm die Geltendmachung seines vermögensrechtlichen Anspruchs zu erlauben. Dem Gebot des Art. 103 I GG wird daher insoweit Genüge getan.

Dem Angeklagten wird eine ausreichende Einflußnahmemöglichkeit auf den zivilrechtlichen Anspruch eingeräumt, indem ihm der schriftlich gestellte Antrag samt Beweismitteln entweder zugestellt werden muß⁶⁾ oder - falls der Antrag mündlich vorgetragen wird - von ihm in der Hauptverhandlung unmittelbar zur Kenntnis genommen werden kann. Aufgrund dieser Informationsmöglichkeiten wird er in die Lage versetzt, in der mündlichen Hauptverhandlung zu dem Antrag umfassend

1) §§ 403 ff StPO. Entsprechendes gilt im Bußgeldverfahren (§ 406 d StPO).

2) § 403 II StPO.

3) § 404 I 1 StPO.

4) § 404 III 1 StPO.

5) § 404 III 3 StPO.

6) § 404 I 3 StPO.

Nach § 404 I 2 StPO muß der Antrag den Gegenstand und Grund des Anspruchs bestimmt bezeichnen. Er soll außerdem die Beweismittel enthalten. Damit kann sich der Betroffene umfassend informieren und sich davor schützen, durch neue Ansprüche und Tatsachen überrascht zu werden.

Stellung zu nehmen ¹⁾. Die gesetzliche Regelung des Adhäsionsverfahrens erfüllt damit die Anforderungen des Art. 103 I GG.

b) Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren

Um leichtere Delikte schnell und unauffällig ahnden zu können, kann im Strafbefehls- ²⁾ und Strafverfügungsverfahren ³⁾ die Rechtsstellung der Betroffenen durch eine gerichtliche Entscheidung beeinträchtigt werden, ohne daß vorher den Verfahrensbeteiligten eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet werden muß ⁴⁾. In beiden Verfahren setzt der Amtsrichter - sei es auf oder ohne Antrag der Staatsanwaltschaft ⁵⁾ - eine Strafe fest, die die gleiche beeinträchtigende Wirkung entfalten kann wie eine durch Urteil ausgesprochene Strafe ⁶⁾.

Ein derartiges, die Subjektstellung der Verfahrensbeteiligten negierendes Vorgehen verstößt nur dann nicht gegen das Gebot des Art. 103 I GG, wenn damit ein legitimer Verfahrenszweck angestrebt wird, der auf andere Weise nicht erreicht werden kann. Mit Hilfe des abgekürzten Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahrens soll erreicht werden, daß leichte Delikte abgeurteilt werden können, ohne

1) Dies gilt auch für den Fall, daß die Entscheidung für vorläufig vollstreckbar erklärt wird (§ 406 II StPO).

2) §§ 407 ff StPO.

3) § 413 StPO.

4) Die Betroffenen werden vor Erlaß des Strafbefehls bzw. der Strafverfügung vom Amtsrichter nicht gehört (§§ 407 und 413 II StPO). Die Vernehmung durch Polizei und Staatsanwaltschaft ist keine Anhörung i. S. v. Art. 103 I GG, da sie nicht "vor Gericht" erfolgt. (So ausdrücklich Lorenz, MDR 62, 626 gegen Löwe-Rosenberg § 407 Anm. 7)

5) §§ 407 I, 408 bzw. 413 II 2 StPO.

6) §§ 410 bzw. 413 IV i. V. m. 410 StPO.

Soweit der Amtsrichter eine Hauptverhandlung nach § 408 II StPO anberaumt oder die Akten nach § 413 III StPO an die Staatsanwaltschaft übersendet, liegt keine Entscheidung vor, die die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten nachhaltig beeinträchtigen kann. Rechtliches Gehör ist daher in diesen Fällen ebenso wenig zu gewähren wie bei einer Einstellung des Verfahrens nach § 413 V i. V. m. § 153 I StPO.

Wenn Löwe, S. 389 ff meint, im Strafbefehlsverfahren müsse rechtliches Gehör nicht gewährt werden, weil es sich hierbei um kein Streitiges Verfahren, sondern um eine Verwaltungsaufgabe mit dem Ziel, einen Vollstreckungstitel zu erhalten, handle, so verkennt er, daß es für die Frage ob rechtliches Gehör zu gewähren ist nur darauf ankommt, ob eine gerichtliche Entscheidung eine nachhaltige beeinträchtigende Wirkung entfalten kann.

daß dazu der schwerfällige Apparat des normalen ordentlichen Verfahrens bemüht werden muß. Es sollen Zeit, Kosten und Arbeitsaufwand in den Fällen gespart werden, in denen ein langwieriges Vor- und Zwischenverfahren und eine ausführliche mündliche Verhandlung nur zu einer Verzögerung des Verfahrens führen würde, ohne daß der Angeklagte dadurch etwas für seine Verteidigung profitieren könnte. Es sollen also im Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren solche leichten Delikte geahndet werden können, bei denen zu erwarten ist, daß der Verurteilte die festgesetzte Strafe annehmen wird, weil er bei Eröffnung einer Einflußnahmemöglichkeit diese entweder ungenutzt verstreichen lassen hätte oder aber trotz Ausübung derselben auch keine ihm günstigere Entscheidung ergangen wäre. Der mit dem Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren beabsichtigte Beschleunigungs- und Vereinfachungseffekt rechtfertigt es daher, daß der Betroffene und teilweise auch die Staatsanwaltschaft ¹⁾ vor Erlaß eines Strafbefehls bzw. einer Strafverfügung keine Einflußnahmemöglichkeit besitzen ²⁾.

Ein derartiges Verfahren ist jedoch nur zulässig, solange die Verfolgung des beabsichtigten Verfahrenszwecks anhält. Von dem Augenblick an, in dem der erstrebte Zweck erreicht ist, also eine gerichtliche Entscheidung auf beschleunigte und vereinfachte Weise ergangen ist, muß den Verfahrensbeteiligten eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung im Verfahren eingeräumt werden. Andernfalls würde das Strafbefehls- bzw. Strafverfügungsverfahren gegen das Gebot des Art. 103 I GG verstoßen. Das bedeutet, daß den Verfahrensbeteiligten ³⁾ spätestens nach Erlaß des Strafbefehls bzw. der Strafverfügung eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet werden muß, damit sie rückwirkend auf die festgesetzte Strafe einwirken können. Bereits in diesem Zeitpunkt zeigt es sich nämlich, ob der Verurteilte die festgesetzte Strafe annehmen will oder nicht. Findet er sich mit der Strafe nicht ab, so ist der beabsichtigte Verfahrenszweck - auf beschleunigte Art und

-
- 1) Im Strafverfügungsverfahren geht die Beschleunigungstendenz so weit, daß nicht einmal der Staatsanwaltschaft eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet wird (§ 413 I und II 2 StPO im Gegensatz zu § 408 StPO).
 - 2) Dies muß auch dann gelten, wenn der Strafbefehl erst in der Beschwerdeinstanz erlassen wird. Dort wird nämlich mit dem Strafbefehl der gleiche Zweck angestrebt (a. A. BVerfGE 9, 261 (266)).
 - 3) Im Strafbefehlsverfahren hat die Staatsanwaltschaft schon früher eine Einflußnahmemöglichkeit. Diese liegt in dem ihr zustehenden Antragsrecht (§§ 407, 408 I StPO) und in der Befugnis, auf ihrem, den Amtsrichter bindenden Antrag auch dann zu beharren, wenn der Amtsrichter eine andere Strafe festsetzen will (§ 408 II 2 StPO). Im Strafverfügungsverfahren besitzt die Polizeibehörde als Verfahrensbeteiligte dagegen lediglich ein für den Amtsrichter unverbindliches Vorschlagsrecht hinsichtlich des Strafmaßes (§ 413 I 2 StPO).

Weise zu einer Aburteilung zu kommen - nicht erreicht worden. Daher besteht keine Veranlassung mehr, dem Verurteilten eine Einflußnahmemöglichkeit auf die ergangene Entscheidung zu verweigern. Die Verhältnismäßigkeit des Mittels bei der Gewährung rechtlichen Gehörs verlangt vielmehr, daß nach Festsetzung der Strafe durch den Strafbefehl bzw. die Strafverfügung dem Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt wird, mit Hilfe prozessualer Mittel die auf beschleunigte Art und Weise zustandegekommene Straffestsetzung rückgängig machen, d. h. den Eintritt der Rechtskraft des ergangenen Strafbefehls bzw. der Strafverfügung verhindern zu können.

Dazu stellt die Strafprozeßordnung dem Betroffenen das sachdienliche prozessuale Mittel zur Verfügung. Der Beschuldigte erhält nämlich die Möglichkeit, binnen einer Woche ¹⁾ nach Zustellung des Strafbefehls bzw. der Strafverfügung gegen die festgesetzte Strafe Einspruch zu erheben ²⁾. Es wird ihm damit die Gelegenheit eingeräumt, ohne Instanzverlust seinen Fall in mündlicher Hauptverhandlung entscheiden zu lassen ³⁾, ohne daß das Gericht an den im Strafbefehl enthaltenen Schuld- und Strafspruch gebunden ist ⁴⁾. Vor Beginn der mündlichen Verhandlung wird dem Angeschuldigten eine ausreichende Informationsgelegenheit eingeräumt, da er die Möglichkeit erhält, aus dem ihm zugestellten Strafbefehl (bzw. der Strafverfügung) den ihm gemachten Vorwurf zu entnehmen und sich ausreichend auf seine Verteidigung vorzubereiten. Außerdem ist er von Ort und Zeit der Hauptverhandlung rechtzeitig zu benachrichtigen ⁵⁾. Anschließend kann er - und mit ihm die Staatsanwaltschaft - von den im normalen Hauptverfahren zur Verfügung gestellten prozessualen Einflußnahmemöglichkeiten in ausreichender Weise Gebrauch machen.

1) Diese Frist (§ 409 I bzw. 413 IV i. V. m. 409 I StPO) reicht aus, um den im Strafbefehl enthaltenen Vorwurf überprüfen zu können.

2) §§ 409 I bzw. 413 IV i. V. m. 409 I StPO.

3) §§ 411 I bzw. 413 IV i. V. m. 411 I StPO.

Wenn Lorenz MDR 62, 626 meint, § 411 I StPO verstoße gegen Art. 103 I GG, weil er die Rücknahme des Einspruchs nicht bis zum Abschluß der Vernehmung des Angeklagten zur Sache zulasse, kann ihm nicht zugestimmt werden. Denn aus dem zugestellten Strafbefehl kann der Betroffene den ihm gemachten Vorwurf entnehmen und demnach auch seine Verteidigungschancen erkennen und als Folge dieser Prüfung entscheiden, ob er einen eingelegten Einspruch rechtzeitig zurücknehmen will. Warum zur Klärung dieser Frage eine Vernehmung zur Sache durch das Gericht notwendig sein soll, ist unerfindlich. Nimmt der Betroffene seinen Einspruch nicht rechtzeitig zurück, so nützt er eine ihm zustehende Möglichkeit nicht aus und hat deshalb auch die Folgen zu tragen.

4) §§ 411 III bzw. 413 IV i. V. m. 411 III StPO.

5) § 411 I i. V. m. §§ 213 ff StPO.

Damit wird dem Verfahrensbeteiligten die von Art. 103 I GG geforderte Subjektstellung im Strafbefehls- bzw. Strafverfügungsverfahren in sachdienlicher und zugleich verhältnismäßiger Weise eingeräumt ¹⁾.

Daß das Verfahren trotz rechtzeitig eingelegten Einspruchs in Ausnahmefällen in Abwesenheit des Betroffenen abgeschlossen werden kann ²⁾, steht nicht im Widerspruch zu Art. 103 I GG ³⁾. Eine Verwerfung des eingelegten Einspruchs ist nämlich nur dann zulässig, wenn der Angeklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung ohne genügende Entschuldigung der Hauptverhandlung fern geblieben ist und sich auch nicht durch einen Verteidiger vertreten läßt ⁴⁾. Das bedeutet, daß eine Verwerfung des Einspruchs in Abwesenheit des Angeklagten nur dann möglich ist, wenn dieser auf die Ausübung der ihm in ausreichender Weise gebotenen Einflußnahmemöglichkeit ⁵⁾ verzichtet, also den ihm gewährten Anspruch auf rechtliches Gehör mangels Aktivität ungenutzt hat verstreichen lassen ⁶⁾.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß das Strafbefehls- bzw. Strafverfügungsverfahren den Anforderungen des Art. 103 I GG in vollem Umfang gerecht

1) Vgl. BVerfGE 3, 248 (253).

Soweit Lorenz, MDR 62, 626 Gegenteiliges behauptet, kann ihm nicht gefolgt werden, da er verkennet, daß die nachträgliche Gewährung rechtlichen Gehörs durchaus im Einklang mit Art. 103 I GG steht.

2) § 412 I bzw. § 413 IV i. V. m. § 412 I StPO.

3) Vgl. OLG Bremen, NJW 62, 1735 das feststellt, daß § 412 I StPO nicht in Widerspruch zu Art. 6 MenschRK steht. Deshalb kann § 412 I StPO auch nicht mit Art. 103 I GG kollidieren.

4) Siehe § 411 II StPO.

Das von OLG Köln, NJW 62, 1735 und von Blei, NJW 62, 2024 erörterte Problem bzgl. der Vertretung eines Angeklagten nach § 411 II StPO durch einen informationslosen Verteidiger behandelt Baumhaus, NJW 62, 2337 im Hinblick auf Art. 103 I GG in zutreffender Weise dahin, daß der Angeklagte und der Verteidiger zur Sachaufklärung nichts beitragen müssen und es deshalb ganz in ihr Ermessen gestellt ist, ihre Rechte in der ihnen zweckmäßig erscheinenden Form - u. U. also auch durch Nichtinformation oder Schweigen - wahrzunehmen. Die prozessualen Möglichkeiten zur Ausübung einer Einflußnahmebefugnis stellt jedenfalls die gesetzliche Regelung des Strafbefehls- bzw. Strafverfügungsverfahrens zur Verfügung.

5) Darunter fallen: Kenntnis vom Gegenstand des Verfahrens durch den Strafbefehl bzw. durch die Strafverfügung, ordnungsgemäße Ladung zur Hauptverhandlung und normale Einflußnahmemöglichkeiten in der Hauptverhandlung.

6) Ebenso Maunz-Dürig a. a. O., Rdn. 52.

Darüber hinaus besteht in begründeten Fällen die Möglichkeit zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 412 II StPO).

wird 1).

c) Objektives Einziehungsverfahren

Im objektiven Einziehungsverfahren ²⁾ wird nach der geltenden Verfahrensregelung den Prozeßbeteiligten rechtliches Gehör in ausreichendem Umfang gewährt ³⁾.

Daß den Verfahrensbeteiligten im objektiven Einziehungsverfahren eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt werden muß, folgt aus der Tatsache, daß im Fall des selbständigen Erkennens auf Einziehung, Vernichtung oder Unbrauchbarmachung von Gegenständen in die vermögensrechtliche Position der Betroffenen nachhaltig und beeinträchtigend eingegriffen werden kann. Die Prozeßbeteiligten können daher ein starkes Interesse an der Herbeiführung bzw. Verhinderung einer derartigen Entscheidung besitzen ⁴⁾. Deshalb muß den Verfahrensbeteiligten durch geeignete prozessuale Mittel eine ausreichende Informations- und Äußerungsgelegenheit eingeräumt werden, um ihnen damit eine wirksame Interessenwahrnehmung zu ermöglichen ⁵⁾.

Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Privatkläger ⁶⁾ haben im Einziehungs-

1) Soweit Spitzbarth, NJW 53, 1904 verlangt, daß ein summarisches Strafbefehlsverfahren aus Gründen des Art. 103 I GG nicht stattfinden dürfe, nachdem ein Nebenkläger seinen Anschluß erklärt habe, kann ihm nicht gefolgt werden. Wenn in diesen Fällen immer gleich zur Hauptverhandlung geschritten werden müßte, würde die Beschleunigungswirkung des Strafbefehlsverfahrens in einer großen Anzahl von Fällen vereitelt, obwohl dazu kein legitimer Verfahrenszweck nötig. Denn die Einflußnahmegelegenheit des Nebenklägers wird nicht unverhältnismäßig beschränkt, wenn er auf die Möglichkeit einer schriftlichen Einflußnahme verwiesen wird. (Ebenso Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 91 und Lorenz, MDR 62, 626).

2) §§ 430 ff StPO i. V. m. § 42 StGB.

3) Soweit die Einziehung bzw. Unbrauchbarmachung im ordentlichen Verfahren als Nebenstrafe ausgesprochen wird, gilt hinsichtlich der Gewährung rechtlichen Gehörs das dort Ausgeführte.

4) Ebenso BGHSt, NJW 62, 500 (501).

5) Von BVerfGE 12, 6 ff wird dies im Verfahren auf sofortige Beschwerde nach § 432 II StPO als selbstverständlich vorausgesetzt und von Bergold, NJW 54, 988 bei der Einziehung jugendgefährdender Schriften gefordert. (Vgl. außerdem Löwe, S. 434 ff).

6) Der Nebenkläger hat dagegen keine Antragsmöglichkeit, da ihm die Befugnis zur Anklageerhebung fehlt (vgl. KMR § 430 Nr. 1 b; schwankend Eb. Schmidt II § 430 Rdn. 6a unter Bezugnahme auf BGHSt 9, 250 ff).

verfahren die Möglichkeit, mittels eines Antrags - der eine ausreichende Gelegenheit zur näheren Substantiierung des Begehrens gibt - das Verfahren in Gang zu bringen ¹⁾. Außerdem können sich beide, wenn eine mündliche Verhandlung stattfindet ²⁾, in entsprechender Anwendung der Vorschriften über das ordentliche Hauptverfahren ³⁾ in ausreichender Weise zur Sache äußern und die Einlassungen des von der Einziehung Betroffenen erfahren ⁴⁾. Wenn das Gericht durch Beschluß entscheidet, wird der Staatsanwaltschaft usw. vor Erlaß der Entscheidung durch Anhörung - die sowohl eine Informations- als auch Äußerungsgelegenheit umfassen muß - eine ausreichende Einflußnahmemöglichkeit eingeräumt ⁵⁾. Den Einziehungsgegeninteressenten, d.h. denjenigen Personen, die einen rechtlichen Anspruch auf den der Einziehung usw. unterliegenden Gegenstand geltend machen können ⁶⁾, wird im objektiven Einziehungsverfahren in ausreichender Weise eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt. Sie sind nämlich bei Durchführung einer mündlichen Verhandlung rechtzeitig zu laden ⁷⁾. Nur ausnahmsweise darf die Ladung unterbleiben, wenn sie wegen des beabsichtigten Verfahrenszwecks unausführbar erscheint. Dies ist dann der Fall, wenn eine Ladung an unüberwindlichen Hindernissen scheitert - der Einziehungsgegeninteressent etwa unbekannt oder unauffindbar ist - und die Einziehung usw. des Gegenstandes keinen Aufschub duldet ⁸⁾. Bei derartigen vom verfolgten Verfahrenszweck gerechtfertigten Ausnahmetatbeständen gebietet nämlich die Sachdienlichkeit des Mittels bei der Gewährung eines Anspruchs auf rechtliches Gehör, daß das objektive Einziehungsverfahren auch in Abwesenheit des Einziehungsgegeninteressenten

1) § 430 I StPO.

2) Dies geschieht auf Antrag der Beteiligten oder nach Anordnung des Gerichts (§ 431 I 1 StPO).

3) § 431 I 2 StPO.

4) Dies gilt auch für den Privatkläger. Wenn er in § 431 StPO nicht ausdrücklich erwähnt ist, so hat dies keine sachliche Bedeutung auf seine in § 430 I StPO ausgesprochene Stellung als Prozeßsubjekt (Eb. Schmidt II § 431 Rdn. 3).

5) § 431 IV StPO.

6) § 431 II StPO. Der Umfang des Kreises der Einziehungsgegeninteressenten ist strittig (siehe Eb. Schmidt II § 431 Rdn. 4). Das Gebot des Art. 103 I GG verlangt, ihn möglichst weit zu fassen.

7) § 431 II StPO. Daß die Ladung rechtzeitig erfolgen muß, ergibt sich ganz allgemein aus Art. 103 I GG. Im Ergebnis ebenso Eb. Schmidt II § 431 Rdn. 7.

8) Zutreffend OLG Bamberg, SJZ 50, 623 und BayObLGSt 55, 140; zu weitgehend RGSt 11, 414 (416); wie hier Eb. Schmidt II § 431 Rdn. 7 und KMR § 431 Nr. 3 unter Billigung aller hier zitierten Entscheidungen aber auch ausdrücklichem Hinweis auf die Beachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

durchgeführt werden können muß. Ein Verstoß gegen Art. 103 I GG liegt daher insoweit nicht vor.

Im Gegensatz zum Angeklagten erhält der Einziehungsgegeninteressent vor der Hauptverhandlung keine Informationsmöglichkeit über den Gegenstand des Verfahrens, da ihm der Antrag auf Einziehung vor Beginn der Hauptverhandlung nicht zugestellt wird. Er erfährt vielmehr die näheren Umstände des konkreten Falles erst in der Hauptverhandlung - für die die allgemeinen Vorschriften entsprechend gelten ¹⁾ - durch die Verlesung der Antragschrift. Das bedeutet, daß die Möglichkeit zur Vorbereitung der Verteidigung im objektiven Einziehungsverfahren gegenüber dem ordentlichen Verfahren erheblich eingeschränkt ist. Diese Beschränkung der Einflußnahmemöglichkeit stellt jedoch im Normalfall keine unverhältnismäßige Einengung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. Spätestens im Hauptverfahren erfährt nämlich der Einziehungsgegeninteressent alles was für seine Verteidigung von Bedeutung ist. Er kann deshalb in der Hauptverhandlung zu der Sache umfassend Stellung nehmen. Nur in schwierigen Fällen kann die eingeräumte Informationsmöglichkeit für den Einziehungsgegeninteressenten nicht ausreichend sein. Denn es ist denkbar, daß eine erst in der Hauptverhandlung eröffnete Informationsgelegenheit dem Einziehungsgegeninteressenten infolge der zu kurzen Vorbereitungszeit keine effektive Verteidigungsmöglichkeit ermöglicht. In diesen Fällen - und nur in diesen Fällen - ist daher die Antragschrift dem Einziehungsgegeninteressenten vor Beginn der Hauptverhandlung von Amts wegen zuzustellen und - falls dies unterlassen wurde - einem Aussetzungsantrag stattzugeben ²⁾. Im Normalfall entspricht dagegen die gesetzliche Regelung des objektiven Einziehungsverfahrens im Hinblick auf die Gewährung ausreichenden rechtlichen Gehörs für die Einziehungsgegeninteressenten dem Gebot des Art. 103 I GG. Dem Einziehungsgegeninteressenten stehen nämlich in der Hauptverhandlung die gleichen umfassenden Informations- und Äußerungsgelegenheiten wie dem Angeklagten zu ³⁾. Nehmen sie diese ausreichenden Einflußnahmemöglichkeiten nicht

1) § 431 I 2 StPO.

2) Wenn Eb. Schmidt II § 431 Rdn. 7 und KMR § 431 Nr. 3 unter Verweis auf RGSt 24, 197 (198); 37, 270 meinen, daß den Einziehungsgegeninteressenten auf ein entsprechendes Ersuchen der Einziehungsantrag immer mitzuteilen sei, geht diese Ansicht im Hinblick auf Art. 103 I GG in ihrer Allgemeinheit zu weit (siehe auch BayObLGSt 54, 12).

3) §§ 431 I 2 und III 1 StPO. Ebenso allgemein Eb. Schmidt II § 431 Rdn. 6 und BGHSt, NJW 62, 500 (501) speziell hinsichtlich des letzten Worts für den Einziehungsgegeninteressenten. Soweit jedoch eine ausdrückliche, förmliche Erteilung des letzten Worts verlangt wird, kann im Hinblick auf Art. 103 I GG nicht zugestimmt werden. Vgl. auch BGHSt, NJW 63, 1988, wo auf die Regelung in § 24 Ordnungsw. G verwiesen wird.

wahr, indem sie der Hauptverhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung fernbleiben, verzichten sie auf die Ausübung des ihnen gewährten Anspruchs auf rechtliches Gehör. Es steht daher Art. 103 I GG nicht entgegen, wenn in diesem Fall das Verfahren in Abwesenheit der Einziehungsgegeninteressenten durchgeführt werden kann ¹⁾.

Wird das objektive Einziehungsverfahren im Beschlußweg durchgeführt, sind die Einziehungsgegeninteressenten zu dem Antrag auf Einziehung schriftlich zu hören ²⁾. Das bedeutet, daß ihnen der Antrag zur Information und zur rechtzeitigen Stellungnahme mitzuteilen ist. Mithin wird ihnen auch insoweit eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt.

Zusammenfassend ergibt sich, daß die gesetzliche Regelung des objektiven Einziehungsverfahrens den Erfordernissen des Art. 103 I GG genügt.

IV. RICHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN IM RAHMEN DER STRAFVOLLSTRECKUNG

Trotz rechtskräftiger Entscheidung einer Sache kann durch das Gericht im Rahmen der Strafvollstreckung mit weiteren Entscheidungen auf die Rechtsstellung der Verurteilten nochmals eingewirkt werden ³⁾. Das Gericht kann nämlich Bewährungsauflagen anordnen, verändern oder aufheben ⁴⁾, die Bewährungszeit verkürzen oder verlängern ⁵⁾, die Strafe nach Ablauf der Bewährungszeit erlassen ⁶⁾, die Strafaussetzung widerrufen ⁷⁾, einen Verurteilten bedingt entlassen ⁸⁾, über die Auslegung eines ergangenen Strafurteils ⁹⁾ und über die Einwendungen des Verur-

1) § 431 III 2 StPO.

2) § 431 IV StPO.

3) §§ 449 ff StPO. Zu bedenken ist, daß die Gerichte im Rahmen der Strafvollstreckung nur ausnahmsweise entscheiden. Im Normalfall ist die Staatsanwaltschaft Strafvollstreckungsbehörde (§ 451 I StPO), so daß schon aus diesem Grunde Art. 103 I GG nicht anzuwenden ist. Außerdem ist rechtliches Gehör normalerweise deshalb nicht zu gewähren, weil durch die bloße Vollstreckung an der Sachentscheidung, auf die der Betroffene Einfluß nehmen konnte, nichts geändert wird (so BVerfGE 6, 300 ff zu seiner Befugnis aus § 35 BVerfGG).

4) § 453 I StPO i. V. m. § 24 III StGB.

5) § 453 I StPO i. V. m. § 24 IV 3 StGB.

6) § 453 I StPO i. V. m. § 25 I 1 StGB.

7) § 453 I StPO i. V. m. § 25 II StGB.

8) § 454 I StPO i. V. m. § 26 StGB.

9) § 458 I StPO.

teilten gegen Entscheidungen der Strafvollstreckungsbehörde ¹⁾ entscheiden, Gesamtstrafen bilden ²⁾ und über die Anrechnung eines Krankenhausaufenthalts auf die zu verbüßende Strafe ³⁾ befinden ⁴⁾. Es fragt sich daher, ob im Rahmen dieser gerichtlichen Entscheidungen rechtliches Gehör gewährt werden muß und ob - falls dies zu bejahen ist - die Strafprozeßordnung die dafür erforderlichen prozessualen Mittel zur Verfügung stellt ⁵⁾.

1. Entscheidungen ohne beeinträchtigende Wirkung

Im Rahmen der Strafvollstreckung muß dem Verurteilten eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet werden, wenn die ergehende Gerichtsentscheidung in seine Rechtsstellung nachteilig und nachhaltig eingreifen kann. Das bedeutet, daß dem rechtskräftig Verurteilten in gerichtlichen Verfahren nur dann eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt werden muß, wenn sich die Entscheidung auf seine Rechtsstellung nachteilig auswirken kann und er deshalb ein Interesse besitzt, sich dagegen wirkungsvoll zur Wehr zu setzen.

Diese Wirkung fehlt einem großen Teil der im Rahmen der Strafvollstreckung möglichen gerichtlichen Entscheidungen. Die Aufhebung einer Bewährungsauf-
lage, die Verkürzung der Bewährungszeit, der Erlaß der Strafe und die bedingte Entlassung eines Verurteilten ⁶⁾ können nämlich nur eine Milderung des Strafvoll-

1) § 458 II StPO.

2) § 460 StPO i. V. m. § 79 StGB.

3) § 461 II StPO.

4) Entsprechendes gilt auch bei nachträglichen Entscheidungen im Rahmen der Vollstreckung von Maßregeln der Sicherung und Besserung (§ 463 a StPO). Wird von der Entscheidung ein Geisteskranker betroffen, so gilt dies allerdings nur mit der Maßgabe, daß ihm vorher ein Verteidiger bestellt werden muß (siehe dazu die besonderen Ausführungen im 2. Abschnitt, VI).

5) Da mit Ausnahme der Entscheidung über die bedingte Entlassung eines Verurteilten (§ 454 I 2 StPO) alle übrigen Entscheidungen erst nach Anhörung der Staatsanwaltschaft und des Verurteilten ergehen dürfen (§§ 453 I 2 und 462 II StPO) - gleichgültig, ob diese Anhörung eine solche im Sinn von Art. 103 I GG ist oder nicht - kommt der Untersuchung der Frage im wesentlichen keine praktische Bedeutung zu.

6) A. A. OLG Hamm, MDR 60, 424 und H. W. Schmidt, MDR 61, 195 soweit die Ablehnung der bedingten Entlassung auf eine negative Stellungnahme der Strafvollzugsbehörde gestützt wird und diese Stellungnahme dem Verurteilten nicht zur Gegenerklärung bekannt gemacht worden ist. H. W. Schmidt meint außerdem, daß die vom Strafvollzug angestrebte Resozialisierungswirkung nur mittels einer persönlichen Anhörung des Verurteilten durch den Richter überprüft

zugs darstellen und damit niemals in die bestehende Rechtslage des Verurteilten beeinträchtigend eingreifen. Sie modifizieren lediglich die rechtskräftig ausgesprochene Strafe, auf die der Verurteilte im Hauptverfahren ausreichend Einfluß nehmen konnte, zu dessen Vorteil ¹⁾. Ein Bedürfnis, sich gegen eine zusätzliche

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 122:

werden könne. Gerade diese Funktion hat jedoch der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht. Wenn Dallinger, JZ 53, 432 (435); Löwe-Rosenberg § 454 Anm. 2; Eb. Schmidt II § 454 Rdn. 5 und KMR § 454 Nr. 2 meinen, eine Anhörung des Verurteilten sei in der Strafprozeßordnung deshalb nicht vorgeschrieben, weil nach § 26 StGB die Zustimmung des Verurteilten Voraussetzung für die bedingte Entlassung sei, so verkennen sie, daß § 26 StGB den Verurteilten vor einer aufgezwungenen Entlassung schützen will, ihm aber keine Einflußnahmemöglichkeit zur Herbeiführung einer bedingten Entlassung einräumt (ebenso Heiss, NJW 61, 1094 ff).

Wie hier Schütz, NJW 61, 582 ff und z. T. auch Heiss, NJW 61, 1094 ff, wenn auch mit anderer Begründung. Soweit Schütz eine Anhörung des Verurteilten vor der Entscheidung über die bedingte Entlassung nach § 454 III 1 i. V. m. § 453 I 2 StPO grundsätzlich fordert, übersieht er, daß § 453 I 2 StPO im Rahmen des Verfahrens nach § 454 StPO nur "im übrigen entsprechend" (§ 454 III 1 StPO), also nur, soweit nicht eine spezielle Regelung eingreift, anzuwenden ist. Daraus folgt, daß der Verurteilte bei der Entscheidung über die bedingte Entlassung gerade nicht gehört werden darf, weil durch den primär geltenden § 454 I 2 StPO die Anhörung ausgeschlossen wird. Im übrigen lehnt Schütz zutreffend die Notwendigkeit für eine Anhörung des Verurteilten zur Stellungnahme der Strafvollzugsbehörde ab, weil sonst überwiegende öffentliche Interessen, nämlich die geordnete Durchführung des Strafvollzugs, gefährdet würden. Seine Argumentation, daß der Stellungnahme der Strafvollzugsbehörde doch mehr geglaubt würde als den Äußerungen des Verurteilten, kann jedoch nicht gebilligt werden. Die Stellungnahme der Strafvollzugsbehörde ist nämlich ein der freien Beweiswürdigung unterliegendes Sachverständigengutachten und nicht mehr. Wenn Heiss, NJW 61, 1094 ff vorschlägt, dem Verurteilten nur den Tatsachenteil, nicht aber die Prognose und den abschließenden Vorschlag der Strafvollzugsbehörde mitzuteilen, ist ihm entgegenzuhalten, daß das abgegebene Werturteil vom Gericht ebenfalls verwertet werden kann, und der Verurteilte deshalb auch auf dieses Einfluß nehmen können muß, wenn ihm überhaupt eine Einflußnahmemöglichkeit zugestanden wird.

- 1) Dieser Gesichtspunkt bleibt in Literatur und Rechtsprechung durchweg unerörtert, obwohl er maßgebend dafür ist, ob dem Verurteilten überhaupt eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet werden muß oder nicht.

Die nach §§ 453 I 2, 462 II und z. T. nach 454 I 2 StPO gebotene Anhörung hat nichts mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör zu tun. Sie stellt vielmehr ein Mittel des Gerichts zur Wahrheitserforschung dar.

Beeinträchtigung zu wehren, besteht also insoweit für den Verurteilten nicht. Dies gilt selbst dann, wenn die erwähnten gerichtlichen Entscheidungen nicht von Amts wegen, sondern auf Antrag des Verurteilten vorgenommen werden. Der Verurteilte läuft nämlich im Fall der Ablehnung seines Antrags keine Gefahr, daß seine nach rechtskräftiger Verurteilung bestehende Rechtsstellung noch weiter beeinträchtigt wird. Sein Antrag kann ihm vielmehr nur nützen, aber niemals schaden. Eine zur Abwehr von Beeinträchtigungen geeignete einflußnahmeberechtigende Subjektstellung muß ihm daher nicht eingeräumt werden.¹⁾ Denn der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs dient nicht dazu, eine bestehende Rechtslage zu verbessern, sondern sich vor einer nachteiligen Änderung der bestehenden rechtlichen Position zu schützen.

2. Entscheidungen mit beeinträchtigender Wirkung

Die restlichen im Rahmen der Strafvollstreckung möglichen Entscheidungen können in die Rechtsstellung des Verurteilten nachhaltig beeinträchtigend eingreifen. Sie können nämlich seine durch die Verurteilung geschaffene Rechtslage noch weiter verschlechtern, ohne daß er sich in der Hauptverhandlung, in der das Urteil gefällt wurde, gegen diese spätere Beeinträchtigung hätte präventiv zur Wehr setzen können. Es ist daher notwendig, dem Verurteilten eine Gelegenheit zu geben, sich gegen gerichtliche Entscheidungen im Rahmen der Strafvollstreckung zu wehren, falls diese nachträglich eine weitere Beeinträchtigung seiner Rechtslage bewirken können.

Nach der geltenden gesetzlichen Regelung wird den Verfahrensbeteiligten eine umfassende Einflußnahmemöglichkeit eingeräumt²⁾. Der Verurteilte und die Staatsanwaltschaft sind nämlich zu hören³⁾, wenn Bewährungsaufgaben geändert oder angeordnet, die Bewährungszeit verlängert, die Strafaussetzung widerrufen⁴⁾

1) Die Staatsanwaltschaft wird durch derartige Entscheidungen bei der Erfüllung ihrer Strafvollstreckungsaufgaben nicht beeinträchtigt, da sie nur die Aufgabe hat, die vom Gericht ausgesprochenen Strafen zu vollstrecken. Sie ist an die ergangenen Entscheidungen gebunden.

2) Ebenso, wenn auch mit anderer Begründung Löwe, S. 330 ff.

3) Aus Sachdienlichkeit Gesichtspunkten sind Ausnahmen von der Anhörung zulässig, wenn Gefahr besteht, daß der Verurteilte im Fall einer Benachrichtigung über das stattfindende Widerrufsverfahren die Flucht ergreift (KMR § 453 Nr. 2) oder die Flucht bereits ergriffen hat (Eb. Schmidt II § 453 Rdn. 4; Löwe-Rosenberg § 453 Anm. 3; OLG Celle, NJW 56, 642).

4) § 453 I 2 StPO. Vgl. dazu LG Aachen, NJW 63, 873; OLG Köln, NJW 63, 875. Daß § 453 I 2 StPO und nicht § 454 I 2 StPO im Fall des Widerrufs einer bedingten Entlassung oder einer Verlängerung der Bewährungszeit anzuwenden ist, folgt aus § 26 III i. V. m. §§ 24 und 25 I StGB. In diesen Fällen muß der bedingt Entlassene vor einer Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung gehört werden.

oder über die Auslegung eines Strafurteils, über die Einwendungen gegen Entscheidungen der Strafvollstreckungsbehörde, über eine Gesamtstrafenbildung ¹⁾ und über die Anrechnung eines Krankenhausaufenthalts auf die Strafzeit entschieden wird ²⁾.

Mithin wird dem Verurteilten auf Entscheidungen der Gerichte im Rahmen der Strafvollstreckung eine ausreichende Einflußnahmemöglichkeit eröffnet. Die gesetzliche Regelung der Strafprozeßordnung entspricht daher auch insoweit den Erfordernissen des Art. 103 I GG.

ZWEITER ABSCHNITT

VERFAHRENSREGELUNGEN

DIE DEN ANFORDERUNGEN DES ART. 103 I GG NICHT GENÜGEN

Nachdem die vorangehende Untersuchung gezeigt hat, daß die meisten Regelungen in der Strafprozeßordnung dem Gebot des Art. 103 I GG in ausreichender Weise Genüge tun, soll jetzt ausführlich geprüft werden, ob es in der StPO auch Verfahrensvorschriften gibt, die mit Art. 103 I GG nicht in Einklang stehen. Es wird jeweils dargestellt werden, ob und wie eventuell vorhandene gesetzliche Mängel vom entscheidenden Richter de lege lata behoben werden können. Darüberhinaus wird aber auch vorgeschlagen, wie de lege ferenda eine bisher u. U. mangelhafte gesetzliche Regelung durch eine Gesetzesänderung den Anforderungen des Art. 103 I GG angepaßt werden kann und muß.

I. ABLEHNUNGSVERFAHREN WEGEN BESORGNIS DER BEFANGENHEIT

Im Verfahren, in dem über die Ablehnung von Gerichtspersonen wegen Besorgnis der Befangenheit entschieden wird ³⁾, wird rechtliches Gehör in unzureichender Weise gewährt. Die in der Strafprozeßordnung vorgesehene Regelung enthält nämlich eine ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke, soweit dem privaten Antragsteller keine prozessuale Möglichkeit gegeben wird, zu der dienstlich eingeholten Äußerung der für befangen gehaltenen Gerichtsperson vor der Entscheidung über die Begründetheit des Ablehnungsgesuches Stellung zu nehmen.

1) Vgl. OLG Köln, NJW 53, 275.

2) § 462 II StPO.

§ 462 II StPO gilt über § 463 a III StPO auch bei nachtraglichen Entscheidungen im Rahmen der Vollstreckung von Maßregeln der Sicherung und Besserung.

3) §§ 24 ff StPO und entsprechend §§ 31 und 74 StPO.

1. Beeinträchtigung der prozessualen Rechtsstellung des Antragstellers durch eine ablehnende Entscheidung

Der gerichtliche Beschluß, der das Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt, greift zwar in die materielle Rechtslage des Antragstellers nicht unmittelbar ein. Er beeinträchtigt aber seine prozessuale Rechtsstellung im gesamten weiteren Verlauf des Verfahrens auf das Empfindlichste. Die Entscheidung der Frage, ob das tätigwerdende Gericht von allen Prozeßbeteiligten als objektiv unparteiisch angesehen werden muß, kann nämlich für die Wirksamkeit der Einflußnahme durch die Betroffenen im weiteren Prozeß von großer Bedeutung sein. Denn ein nicht unparteiisch urteilender Richter kann alle Aktivität eines Prozeßbeteiligten zunichte machen und damit die den Verfahrensbeteiligten formell zustehende Subjektstellung in ihrer Effektivität zerstören. Ein Beschluß, der ein Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt, kann deshalb mittelbar in stärkster Weise beeinträchtigend auf den Ausgang des Prozesses einwirken und damit auch die materielle Rechtslage des Betroffenen nachteilig beeinflussen. Darüber hinaus kann ein für den Antragsteller ungünstig endendes Ablehnungsverfahren aber auch bewirken, daß er trotz gegenteiliger Entscheidung das Gericht weiterhin als parteiisch empfindet. Die Bereitschaft des Betroffenen zur Ausnutzung der bereitgestellten prozessualen Einflußnahmemöglichkeiten im weiteren Verfahren kann dadurch gemindert, wenn nicht sogar ausgeschlossen werden.

Um diese negativen Folgeerscheinungen des Ablehnungsverfahrens auszuschließen, ist es geboten, im Ablehnungsverfahren rechtliches Gehör in ausreichender Weise zu gewähren. Nur durch die Einräumung einer umfassenden Einflußnahmemöglichkeit auf den Ausgang des Ablehnungsverfahrens kann erreicht werden, daß der Betroffene im weiteren Verfahren Vertrauen zu der Unparteilichkeit des über seine Sache entscheidenden Gerichts hat ¹⁾.

Nachteilig wirkt sich die Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch jedoch nicht für beide Verfahrensbeteiligte aus, sondern nur für diejenige Partei, die durch die ablehnende Entscheidung beeinträchtigt werden kann. Eine derartige Beeinträchtigung kann nur bei dem Antragsteller eintreten, da nur seine Rechtsstellung in der oben geschilderten Weise durch eine negative Entscheidung über sein Gesuch betroffen werden kann. Einen Antragsgegner im eigentlichen Sinn - der durch die Bejahung des Gesuchs betroffen sein könnte - gibt es dagegen im Ablehnungs-

¹⁾ Teplitzky, NJW 62, 2044 ff fordert deshalb zu Recht "Großzügigkeit bei der Berücksichtigung der subjektiven Einstellung des Ablehnenden". Weniger weitgehend Wassermann, NJW 63, 429. Rechtliches Gehör ganz ablehnend Löwe, S. 337 ff, da es sich um eine Justizverwaltungsentscheidung handle, bei der rechtliches Gehör nicht gewährt werden müsse (vgl. dazu Allgem. Teil 2. Abschnitt V 2 a).

verfahren nicht. Eine Bejahung des Ablehnungsgesuchs löst nämlich weder für den Antragsteller noch für die gegnerische Partei nachteilige Folgen aus, sondern bringt nur mit sich, daß der Rechtsstreit an Stelle eines bisher schon vom Antragsgegner für objektiv-unparteiisch gehaltenen Gerichts jetzt von einem anderen ebenso für unparteiisch gehaltenen Gericht zu entscheiden ist ¹⁾. Das bedeutet, daß aus Gründen der Sachdienlichkeit dem Antragsgegner im Ablehnungsverfahren keine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt werden muß, ihm also keine Gelegenheit zur Gegenerklärung zu geben ist. Weiterhin folgt daraus, daß es nicht notwendig ist, dem Antragsteller ein Recht zu geben, zu einer vom Antragsgegner doch abgegebenen Gegenerklärung ²⁾ Stellung zu nehmen ³⁾. Aus den gleichen Gründen ist es nur erforderlich, daß sich der Antragsteller zu der dienstlichen Äußerung der von ihm für befangen gehaltenen Gerichtsperson ⁴⁾ äußern kann, während dem anderen Verfahrensbeteiligten diese Gelegenheit nicht eingeräumt werden muß.

2. Informations- und Äußerungsgelegenheit hinsichtlich der dienstlichen Äußerung

Zu prüfen ist, inwieweit die in der Strafprozeßordnung vorgesehene Regelung den erörterten Anforderungen des Art. 103 I GG gerecht wird.

Das Recht, ein Ablehnungsgesuch zu stellen ⁵⁾, steht der Staatsanwaltschaft, dem Privatkläger ⁶⁾ und dem Beschuldigten zu ⁷⁾. Sie erhalten dadurch Gelegenheit,

-
- 1) Wenn der Antragsgegner oder der Antragsteller jetzt dieses Gericht für befangen halten, so steht ihnen offen, ein erneutes Ablehnungsgesuch wegen Befangenheit zu stellen.
 - 2) Diese könnte außerhalb des Hauptverfahrens nur durch die Staatsanwaltschaft, innerhalb des Hauptverfahrens dagegen von beiden Beteiligten, abgegeben werden (§ 33 StPO).
 - 3) Es besteht jedoch für den Antragsteller die Möglichkeit, im Ablehnungsgesuch alle maßgebenden Gesichtspunkte vorzutragen und präventiv auf die potentiellen Einwendungen der anderen Prozeßpartei einzugehen.
 - 4) § 26 III StPO.
 - 5) § 24 III 1 bzw. § 74 II StPO.
 - 6) Über § 397 StPO auch dem Nebenkläger (Eb. Schmidt II § 24 Rdn. 7).
 - 7) Ein Ablehnungsrecht steht dagegen dem Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren und dem Verletzten im Adhäsionsverfahren nicht zu. Diesem Mangel kann jedoch nicht über Art. 103 I GG abgeholfen werden, da der Anspruch auf rechtliches Gehör den Prozeßbeteiligten kein Recht auf Inanspruchnahme von Verfahrensarten, die ihnen vom Gesetz nicht gegeben werden, einräumt, sondern nur bewirkt, daß die Betroffenen bei Durchführung der gegebenen Verfahrensarten einflußnahmeberechtigt mitwirken können.

im Antrag ihre Bedenken gegen die Unparteilichkeit der am Verfahren mitwirkenden Gerichtspersonen vorzutragen. Dagegen haben der Beschuldigte und der Privatkläger nicht die Möglichkeit zu der dienstlich eingeholten Äußerung der für befangen gehaltenen Gerichtsperson über den Ablehnungsgrund ¹⁾ Stellung zu nehmen. Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch findet nämlich immer außerhalb der Hauptverhandlung statt ²⁾, so daß ihnen im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft ³⁾ kein prozessuales Mittel bereitgestellt ist, um den Inhalt der dienstlichen Äußerung erfahren zu können. Es fehlt also insoweit das prozessuale Mittel, das ihnen eine Informations- und Äußerungsmöglichkeit eröffnet. Denn nach der gesetzlichen Regelung wird über das Ablehnungsgesuch entschieden, ohne daß dem Beschuldigten und dem Privatkläger die Möglichkeit gegeben ist, zu der dienstlichen Äußerung Stellung zu nehmen ⁴⁾. Daß die Einräumung einer Stellungnahme zu der dienstlichen Äußerung aufgrund des Gebots von Art. 103 I GG notwendig ist, ergibt sich aus der Tatsache, daß die dienstliche Äußerung materiell einer Beweisaufnahme gleichkommt, und daß das Gericht seine Entscheidung aufgrund des vorgefundenen Beweisergebnisses trifft. Es muß daher dem Antragsteller die Gelegenheit gegeben werden, auf dieses Beweisergebnis einwirken zu können ⁵⁾. Falls diese Möglichkeit nicht eröffnet würde, würde in einem geheimen Verfahren unter Mißachtung der Subjektstellung der Betroffenen über deren Kopf hinweg entschieden, ohne daß ihnen die Möglichkeit gegeben wäre, sich gegen einen nachteiligen Ausgang des Verfahrens zu wehren. Außerdem würde die Aufgabe des Ablehnungsverfahrens, beide Beteiligte von der Unparteilichkeit des entscheidenden Gerichts zu überzeugen, gerade in ihr Gegenteil verkehrt, wenn der Antragsteller keine

1) § 26 III StPO.

2) Soweit das Ablehnungsgesuch außerhalb der Hauptverhandlung eingebracht wird, ist dies selbstverständlich. Wird es im Verlauf der Hauptverhandlung eingebracht (§ 25 StPO), muß die Hauptverhandlung unterbrochen oder ausgesetzt werden und außerhalb der Hauptverhandlung über das Gesuch entschieden werden (Eb. Schmidt II, § 27 Rdn. 17 und § 33 Rdn. 2; KMR § 27 Nr. 5).

3) Nach § 33 StPO der nach h. M. auch bei Beschlüssen des Gerichts gilt (vgl. Eb. Schmidt II § 33 Rdn. 1 und § 27 Rdn. 16).

4) Ausdrücklich für zulässig halten dieses Vorgehen Löwe-Rosenberg § 26 Nr. 7 und KMR § 27 Nr. 3 c a. E. unter Hinweis darauf, daß eine Mitteilung der dienstlichen Äußerung dann angebracht sei, wenn sie geeignet sei, eine Rücknahme des Ablehnungsgesuchs zu bewirken. In der 21. Aufl. gibt Löwe-Rosenberg § 26 Nr. 4 seine frühere Ansicht jedoch auf und verlangt, daß die eingeholte dienstliche Äußerung - wenn sie die Behauptung des Antragstellers nicht bestätigt - diesem mitgeteilt werden muß.

5) Nach der im Regierungsentwurf und im Fraktionsantrag vorgeschlagenen Fassung des § 33 III ist dies der Fall, da auch vor Entscheidungen, die außerhalb der Hauptverhandlung ergehen, der Betroffene zu hören ist.

Möglichkeit hätte, zu der dienstlichen Äußerung Stellung zu nehmen. Er müßte dann nämlich den Verdacht hegen, daß über sein Ablehnungsgesuch intern unter Beiseiteschieben seiner Bedenken entschieden und die wahre Sachlage vertuscht würde. Es ist deshalb erforderlich, daß die bestehende Gesetzeslücke mittels direkter Anwendung des objektiven Prozeßgrundsatzes von Art. 103 I GG geschlossen wird ¹⁾.

3. Die Gewährung rechtlichen Gehörs

Da die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß ergeht und die dienstliche Äußerung der für befangen gehaltenen Gerichtsperson über den Ablehnungsgrund ihrem Wesen nach nur unter Ausschluß der Parteiöffentlichkeit abgegeben werden kann, kann den privaten Antragstellern eine verhältnismäßige und zugleich sachdienliche Einflußnahmemöglichkeit nur dadurch eingeräumt werden, daß sie von dem Inhalt der dienstlichen Äußerung in Kenntnis gesetzt werden und ihnen unter Einhaltung einer angemessenen Frist ein Recht zur schriftlichen Gegenerklärung gegeben wird ²⁾. Diese de lege lata im Weg einer verfassungskonformen Lückenausfüllung direkt aus Art. 103 I GG einzuräumende Informations- und Äußerungsgelegenheit beachtet den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels bei der Art und Weise der Gewährung rechtlichen Gehörs. Sie ist außerdem sachdienlich, da sie den Besonderheiten des Verfahrens gerecht wird.

De lege ferenda wird vorgeschlagen, folgenden Abs. 4 zu § 26 StPO in die Strafprozeßordnung einzufügen ³⁾:

"Ein Ablehnungsgesuch darf nicht für unbegründet erklärt werden, ohne daß vorher dem Antragsteller die dienstliche Äußerung über den Ablehnungsgrund zur schriftlichen Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist mitgeteilt worden ist".

-
- 1) Für den Fall, daß die dienstliche Äußerung die Behauptung des Antragstellers nicht bestätigt, ebenso Löwe-Rosenberg 21. Aufl., § 26 Nr. 4. Seibert, JZ 60, 85 ff vertritt - allerdings ohne nähere Begründung - die gleiche Auffassung wie hier.
 - 2) Daß in anderen Verfahren die Mitteilung einer dienstlichen Äußerung nicht ungewöhnlich ist, zeigen BVerfGE 8, 208 (209); 9, 261 (266); 10, 274.
 - 3) Die vorgeschlagene Formulierung entspricht sinngemäß der Regelung des § 308 I StPO und hat wie diese den Vorzug, daß das gebotene Informations- und Äußerungsrecht im Zusammenhang mit dem einschlägigen Verfahren für alle Verfahrensbeteiligten einheitlich geregelt wird, ohne daß auf allgemeine und zudem unvollständige Vorschriften (§ 33 StPO) zurückgegriffen werden muß.

II. BESCHLAGNAHME VON GEGENSTÄNDEN UND GANZER VERMÖGENSMASSEN

Die Strafprozeßordnung kennt verschiedene, vom Verfahrenszweck her legitimierte Möglichkeiten der überraschenden Beschlagnahme von Gegenständen und ganzer Vermögensmassen ohne Anhörung der davon Betroffenen. Da es sich bei diesen Maßnahmen um einschneidende nachteilige Eingriffe in die durch Art. 14 GG geschützte Vermögenslage des Betroffenen handelt, fragt es sich, ob nach der gesetzlichen Regelung bei diesen Verfahrensarten rechtliches Gehör in ausreichendem Maß von dem Zeitpunkt an, in dem der Verfahrenszweck erreicht ist, gewährt wird. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit des Mittels bei der Einräumung einer einflußnahmebefugten Subjektstellung verlangt nämlich, daß den von der Beschlagnahme Betroffenen spätestens dann durch prozessuale Mittel eine sachdienliche Einflußnahmemöglichkeit auf eine nachteilige gerichtliche Entscheidung eröffnet werden muß, wenn dies ohne Gefährdung des Verfahrenszwecks geschehen kann.

1. Beschlagnahme i. e. S. und Postbeschlagnahme

Die Beschlagnahme nach §§ 94 ff StPO ¹⁾ und die Postbeschlagnahme ²⁾ im Rahmen der Strafverfolgung wegen begangener Straftaten dienen der Beweis- bzw. Vollstreckungssicherung ³⁾. Es soll mit ihrer Hilfe verhindert werden, daß Beweisgegenstände und producta et instrumenta sceleris vom mutmaßlichen Täter beseitigeschafft werden können und daß dadurch eine erfolgreiche Ermittlungs- und Verfolgungstätigkeit durch die Strafverfolgungsbehörden gestört oder gar unmöglich gemacht werden kann. Dieser, ein überraschendes Zugreifen erfordernde Verfahrenszweck ist erreicht, wenn die Beweisgegenstände und die der Einziehung unterliegenden Sachen beschlagnahmt und damit der Verfügungsgewalt des Täters entzogen und der Verwertung durch die Strafverfolgungsbehörden zugänglich gemacht sind. Von diesem Zeitpunkt an, kann der mutmaßliche Täter weder durch Kenntniserlangung des Beschlagnahmegrundes ⁴⁾ noch durch Einräumung einer Einflußnahmemöglichkeit auf die bereits erfolgte Beschlagnahme die Beweis- und

1) Gleichgültig ist, ob die Beschlagnahme vom Richter unmittelbar angeordnet wird (§ 98 I StPO) oder ob sie vom Richter ohne Antrag des Betroffenen bestätigt wird (§ 98 II bzw. § 100 III StPO).

2) §§ 99 ff StPO und § 13 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen.

3) Entsprechendes gilt für die Beschlagnahme des Führerscheins nach § 111 a II und III 2 StPO.

4) Falls nach Kenntniserlangung des Beschlagnahmegrundes bei dem Betroffenen die Gefahr der Flucht oder Verdunkelung besteht, kann Haftbefehl erlassen werden.

Vollstreckungssicherung heimlich hintertreiben. Denn die von der Strafverfolgungsbehörde herbeigeführte überraschende Maßnahme hat bereits die beabsichtigten beweis- und vollstreckungssichernden Wirkungen mit sich gebracht.

Das bedeutet, daß nach erfolgter Beschlagnahme die Verfolgung des Verfahrenszwecks nicht mehr dazu berechtigt, die getroffenen Maßnahmen aufrechtzuerhalten, ohne dem Betroffenen eine nachträgliche Einflußnahmemöglichkeit auf die Entscheidung zu eröffnen, d. h. ihm eine Gelegenheit zu geben, auf die Aufhebung der Beschlagnahme hinzuwirken. Das Gebot des Art. 103 I GG fordert vielmehr, daß dem von der Beschlagnahme Betroffenen eine ausreichende Informations- und Äußerungsgelegenheit nach erfolgter Beschlagnahme durch Bereitstellung sachdienlicher prozessualer Mittel eingeräumt wird. Nur so kann verhindert werden, daß der Anspruch des Betroffenen auf rechtliches Gehör in unverhältnismäßiger Weise beschnitten und seine vermögensrechtliche Lage ohne Einflußnahmemöglichkeit erheblich beeinträchtigt wird.

Nach der gesetzlichen Regelung der Strafprozeßordnung werden dem von einer Beschlagnahme Betroffenen keine prozessualen Mittel bereitgestellt, die ihm ein Hinwirken auf die Aufhebung der getroffenen Maßnahmen ermöglichen¹⁾. Es wird vielmehr davon ausgegangen, daß die Beschlagnahme so lange aufrechtzuerhalten ist, bis der Beschlagnahmegrund sich im Ermittlungs- oder gar erst im Hauptverfahren als unhaltbar erweist²⁾. Lediglich von der Durchführung einer Postbeschlagnahme ist der Betroffene nach der gesetzlichen Regelung zu benachrichtigen³⁾. Die Eröffnung einer echten Einflußnahmemöglichkeit ist dagegen im

1) Die nach § 305 S. 2 StPO mögliche Beschwerde gegen die Beschlagnahme stellt keine Gewährung rechtlichen Gehörs dar, da der Betroffene infolge des damit verbundenen Devolutiveffektes eine Instanz verlieren würde. Ebensowenig ist die nach § 98 II 2 StPO mögliche Einholung einer richterlichen Entscheidung über die bereits erfolgte Beschlagnahme ein Mittel zur Gewährung ausreichenden rechtlichen Gehörs; Sinn und Wortlaut dieser Bestimmung beziehen sich nämlich nur auf den Fall, daß die Beschlagnahme ohne richterliche Anordnung durchgeführt wurde und der Betroffene zusätzlich eine richterliche Bestätigung anstrebt. Die Überprüfung einer vom Richter angeordneten Beschlagnahme kann also mit Hilfe dieses Ersuchens nicht erreicht werden.

2) Ausdrücklich geregelt ist dieser Grundsatz allerdings nur bei der Postbeschlagnahme (§ 101 II und III StPO). Er gilt jedoch ganz allgemein (Eb. Schmidt II § 111 Rdn. 1).

3) § 101 I StPO. Die Benachrichtigung bezieht sich nur auf die "getroffenen Maßnahmen", nicht auf den Beschlagnahmegrund. Diese Benachrichtigung ist notwendig, weil der Betroffene sonst nicht einmal von der außerhalb seiner Einflußsphäre erfolgenden Durchführung einer Postbeschlagnahme Kenntnis erlangen würde.

Gesetz nicht vorgesehen. Der Betroffene erfährt weder den Grund der Beschlagnahme noch erhält er Gelegenheit, sich zur Beschlagnahme vor Gericht zu äußern und auf die Aufhebung der Beschlagnahme hinzuwirken¹⁾. Mithin enthält die Regelung in der Strafprozeßordnung insoweit eine Gesetzeslücke, die mittels direkter Anwendung des objektiven Prozeßgrundsatzes von Art. 103 I GG zu schließen ist. Würde dies nicht geschehen, so würde der von der Beschlagnahme Betroffene zum hilflosen Objekt des Beschlagnahmeverfahrens gemacht. Außerdem würde eine vom Verfahrenszweck nicht mehr gedeckte langandauernde Beeinträchtigung seiner vermögensrechtlichen Lage herbeigeführt.

Voraussetzung für die sinnvolle Ausübung einer Einflußnahmemöglichkeit durch den Betroffenen ist zunächst, daß ihm bekanntgemacht wird, warum die Beschlagnahme erfolgte. Es ist ihm deshalb eine Informationsgelegenheit über den Grund der Beweissicherung bzw. der Einziehung einzuräumen²⁾. Dies geschieht am sachdienlichsten in der Weise, daß dem Betroffenen nach Durchführung der Beschlagnahme vom Gericht schriftlich der Beschlagnahmegrund mitgeteilt wird³⁾. Weiterhin ist dem Betroffenen eine Äußerungsgelegenheit zu geben, um zu dem Beschlagnahmegrund Stellung nehmen und auf die Aufhebung der Beschlagnahme hinwirken zu können⁴⁾. Um der Verantwortungsseite des Berechtigten bei der Ausübung

-
- 1) Nur im Fall der Notveräußerung wegen Gefahr des Verderbs (§ 101 a StPO) sind die Betroffenen vor Anordnung der Veräußerung zu hören (§ 101 a III 1 StPO) und mithin - soll die Anhörung sinnvoll sein - auch über den Beschlagnahmegrund zu informieren. Nur dann also, wenn eine Rückgabe der beschlagnahmten Gegenstände aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen ist, wird vom Gesetz den Betroffenen eine ausreichende Subjektstellung eingeräumt.
 - 2) Daß der Betroffene u. U. nicht einmal von der Beschlagnahme als solcher, geschweige denn vom Beschlagnahmegrund bei Durchführung der Maßnahme erfährt, ergibt sich aus § 98 II 1 StPO.
 - 3) Wenn Eb. Schmidt II § 101 Rdn. 1 meint, daß die Bekanntgabe der Anordnung der Beschlagnahme, also des Beschlagnahmegrundes immer eine Gefährdung des Untersuchungszwecks bedeute, so ist dieser Ansicht zumindest dann nicht zuzustimmen, wenn der bereits beschlagnahmte Gegenstand das einzige und entscheidende Beweismittel ist. Sollte durch die Bekanntgabe des Beschlagnahmegrundes jedoch Flucht- oder Verdunkelungsgefahr herbeigeführt werden, so ist der Betroffene in Haft zu nehmen. Da er sich gegen die Verhaftung in ausreichender Weise zur Wehr setzen kann, bedeutet dieser Weg immer noch eine geringere Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung als die ohne Anhörung erfolgende Einziehung von Vermögensgegenständen auf unbestimmte Zeit.
 - 4) Die Eröffnung der Einflußnahmemöglichkeit muß nicht wie bei der Verhaftung (Art. 104 II GG) innerhalb einer festgesetzten Frist erfolgen. Maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem durch die Beschlagnahme die beabsichtigte Beweis- bzw. Vollstreckungssicherung erreicht ist.

des Anspruchs auf rechtliches Gehör gerecht zu werden, geschieht dies am besten dadurch, daß man dem Betroffenen Gelegenheit gibt, innerhalb einer angemessenen Frist zu der durchgeführten Beschlagnahme schriftlich Stellung zu nehmen. Nach Eingang dieser Stellungnahme ¹⁾ und Mitteilung derselben an die Staatsanwaltschaft zur Gegenerklärung ²⁾ ist durch Beschluß ohne mündliche Verhandlung über die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme zu entscheiden ³⁾. Ein derartiges Beschlußverfahren ohne mündliche Verhandlung ist sachdienlich, weil auf diese Weise im Gegensatz zu einer zeit- und kostenraubenden Verhandlung am raschesten eine Entscheidung über den Fortbestand bzw. die Aufhebung der Beschlagnahme herbeigeführt werden kann ⁴⁾. Es ist daher die Einschaltung eines bisher nicht vorgesehenen Zwischenverfahrens in die Strafprozeßordnung zum Zweck der Gewährung ausreichenden rechtlichen Gehörs notwendig. Nur auf diese Weise kann dem Betroffenen ähnlich wie im Haftbefehlsverfahren eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung im Beschlagnahmeverfahren vor dem die Beschlagnahme anordnenden Gericht eingeräumt und auf sachdienliche und zugleich verhältnismäßige Art dem Gebot des Art. 103 I GG im Beschlagnahmeverfahren Genüge getan werden ⁵⁾.

-
- 1) Falls der von der Beschlagnahme Betroffene zu der Beschlagnahme nicht Stellung nimmt oder ihr nicht widerspricht, verzichtet er auf die Ausübung der ihm gebotenen Einflußnahmemöglichkeit. Eine Entscheidung über die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme erübrigt sich in diesem Fall.
 - 2) Dieses Recht der Staatsanwaltschaft folgt an sich schon aus § 33 StPO. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und Klarheit erscheint es jedoch angebracht, das Recht zur Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft im systematischen Zusammenhang ausdrücklich zu erwähnen.
 - 3) Ebenso Schwarz-Kleinknecht, § 98 Nr. 6 und Einl. 1 F f, der das vorgeschlagene Verfahren als Teil der generell zulässigen Gegenvorstellung betrachtet wissen will.

Die vom Rechtsausschuß vorgesehene Fassung des § 33 a beschränkt ein derartiges Anhörungsverfahren auf Entscheidungen, gegen die keine Beschwerde gegeben ist. Aus Gründen des § 305 StPO ist daher auch nach der vorgeschlagenen Neufassung der StPO im Beschlagnahmeverfahren das Gebot des Art. 103 I GG nicht erfüllt.

- 4) Die im Haftbefehlsverfahren vorgesehene mündliche Verhandlung (§ 114 b StPO) ist im Beschlagnahmeverfahren nicht notwendig, da der Eingriff in die Vermögenssphäre weniger schwerwiegend ist, als die Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit.
- 5) Wenn bei Gefahr im Verzug die Beschlagnahme von der Staatsanwaltschaft vorgenommen wird (§ 98 I StPO) und der Betroffene anschließend um eine richterliche Bestätigung nachsucht (§ 98 II 2 StPO und 100 III StPO) ist ihm, da der angestrebte Verfahrenszweck bereits erreicht ist, vor der richterlichen Entschei-

Zusammenfassend ergibt sich, daß de lege lata im Weg einer verfassungskonformen Lückenfüllung dem von der Beschlagnahme Betroffenen nach Durchführung der Beschlagnahme der Beschlagnahmegrund unter Setzung einer angemessenen Frist zur schriftlichen Stellungnahme mitzuteilen ist, und daß, falls sich der Betroffene äußert, nach Zustellung dieser Stellungnahme an die Staatsanwaltschaft zur schriftlichen Gegenerklärung über die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme durch Beschluß ohne mündliche Verhandlung vom Richter befunden werden muß ¹⁾.

De lege ferenda ist es angebracht, folgenden § 98 a in die Strafprozeßordnung aufzunehmen:

"Nach Durchführung der Beschlagnahme ist dem Betroffenen der Beschlagnahmegrund alsbald zur schriftlichen Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist mitzuteilen.

Über die gegen die durchgeführte Beschlagnahme vorgebrachten Einwendungen entscheidet der Richter nach Anhörung der Staatsanwaltschaft ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß".

Weiterhin wäre de lege ferenda als Abs. 4 zu § 101 StPO einzufügen:

"Die Vorschrift des § 98 a findet entsprechende Anwendung".

2. Beschlagnahme bei Abwesenheit des Angeklagten

Einzelne Gegenstände oder ganze Vermögensmassen, die abwesenden Angeschuldigten gehören, können im Abwesenheitsverfahren ²⁾ beschlaggenommen werden. Durch diese Maßnahmen soll entweder erreicht werden, daß die Vollstreckung des erwarteten Urteils gesichert wird ³⁾, oder daß sich der abwesende tatverdächtige

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 133:

dung sofort rechtliches Gehör zu gewähren. Entsprechend der Regelung des § 128 StPO hat dies durch schriftliche Bekanntmachung des Beschlagnahmegrundes und durch Gewährung einer schriftlichen Äußerungsgelegenheit zu geschehen. Das vorgeschlagene Verfahren gilt also auch bei der ersuchten Bestätigung der Beschlagnahme durch den Richter. Ein zusätzliches Zwischenverfahren erübrigt sich in diesem Fall allerdings. (Ebenso wohl Schwarz-Kleinknecht, § 98 Nr. 6)

1) Dieses Verfahren stellt einen der Rechtsbehelfe dar, von denen Erdsiek in NJW 62, 1047 (1048) allgemein sagt: "Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs sichert jedem, gegen den eine gerichtliche Entscheidung oder Maßnahme beantragt wird, die vorherige Anhörung oder einen Rechtsbehelf in der gleichen Instanz, mit denen die Anhörung durchgesetzt werden kann".

2) §§ 276 ff StPO.

3) §§ 283 und 284 StPO.

Angeschuldigte unter dem Eindruck der Beschlagnahme der inländischen Gerichtsbarkeit stellt ¹⁾. Zur Erreichung beider Verfahrenszwecke muß die Beschlagnahme überraschend ohne Gewährung rechtlichen Gehörs vorgenommen werden ²⁾. Nur auf diese Weise kann verhindert werden, daß der Angeschuldigte sein Vermögen dem Zugriff der Gerichtsbarkeit entzieht bevor es zur Sicherstellung desselben durch die Beschlagnahme gekommen ist.

Nach erfolgter Durchführung der Beschlagnahme sind jedoch die damit beabsichtigten Wirkungen in vollem Umfang eingetreten. Die Vollstreckung des potentiellen Urteils ist gesichert; auf den Angeschuldigten wird durch Sicherstellung seines Vermögens ein Druck zur Gestellung ausgeübt. Es besteht daher vom Verfahrenszweck her kein Grund mehr, den von der Beschlagnahme Betroffenen von einer Einflußnahmemöglichkeit auf die ergangenen Entscheidungen auszuschließen. Die Verhältnismäßigkeit des Mittels gebietet vielmehr, daß dem von der Beschlagnahme Betroffenen jetzt durch Bereitstellung prozessualer Mittel eine Möglichkeit eingeräumt wird, auf die Aufhebung der Beschlagnahme hinzuwirken. Andernfalls würde ihm die Verfügungsgewalt über sein Vermögen zumindest für einen längeren Zeitraum entzogen, ohne daß er gegen diese Beeinträchtigung in sachgerechter Weise vorgehen könnte.

Die nach der Strafprozeßordnung geltende gesetzliche Regelung sieht für den Abwesenden keine Einflußnahmemöglichkeiten nach durchgeführter Beschlagnahme und mithin nach Erreichen des Verfahrenszwecks vor. Sie geht vielmehr davon aus, daß die Beschlagnahme erst aufzuheben ist, wenn der Beschlagnahmegrund ohne Zutun des Betroffenen weggefallen ist ³⁾. Deshalb wird dem Betroffenen nach der gesetzlichen Regelung weder der Beschlagnahmegrund mitgeteilt ⁴⁾, noch mittels bereitgestellter prozessualer Mittel die Möglichkeit eröffnet, auf die Aufhebung der Beschlagnahme hinzuwirken ⁵⁾. Es fehlt also im Verfahren

1) §§ 290 ff ZPO.

2) Die Verweisung des § 294 I StPO auf die Vorschriften über die gerichtliche Voruntersuchung kann nicht bewirken, daß vor Anordnung der Beschlagnahme der Betroffene bzw. dessen Vertreter nach § 192 StPO zu hören ist, da sonst der für den Erfolg der Beschlagnahme notwendige Überraschungseffekt vereitelt würde.

3) §§ 283 S. 3, 284 III, 293 I StPO.

4) Über die Tatsache, daß eine Beschlagnahme angeordnet wurde, wird dagegen Mitteilung gemacht (§ 283 S. 2 StPO i. V. m. § 928 ZPO i. V. m. § 808 ZPO, bzw. § 284 I 2 StPO bzw. § 291 StPO).

5) Die Möglichkeit, durch Gestellung die Aufhebung der Beschlagnahme nach §§ 290 ff StPO zu erreichen, kann nicht als ein verhältnismäßiges Mittel zur Einflußnahme angesehen werden. Einmal hätte nämlich ein solches Vorgehen die Verhaftung des Angeschuldigten zur Folge und zum anderen stellt dieses

gegen Abwesende ebenso wie im normalen Beschlagnahmeverfahren eine besondere zwischengeschaltete Verfahrensstufe, die dem von der Beschlagnahme Betroffenen eine nachträgliche Einwirkungsmöglichkeit auf die bereits angeordneten Maßnahmen erlaubt. Es ist deshalb notwendig, die bestehende Gesetzeslücke ¹⁾ im Wege direkter Anwendung des Grundsatzes des Art. 103 I GG zu schließen ²⁾. Andernfalls hätte nämlich die Beschlagnahme die Wirkung einer zeitlich vorweggenommenen Urteilsvollstreckung bzw. einer "dinglichen" Verhaftung auf unbestimmte Zeit.

De lege lata ist dem Betroffenen rechtliches Gehör in ähnlicher Weise zu gewähren wie dies bereits für das normale Beschlagnahmeverfahren vorgeschlagen wurde. Ein Unterschied ergibt sich lediglich aus der Tatsache, daß der Angeschuldigte abwesend ist und deshalb nicht in Person eine Einflußnahmemöglichkeit ausüben kann. Da jedoch die Angehörigen des Abwesenden nach der gesetzlichen Regelung als Vertreter des Angeschuldigten im Abwesenheitsverfahren tätig werden können ³⁾, kann von diesen Personen für den Abwesenden eine Einflußnahmebefugnis ausgeübt werden. Es ist deshalb den Angehörigen des Angeschuldigten alsbald nach erfolgter Beschlagnahme der Beschlagnahmegrund vom Gericht schriftlich zur Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist mitzuteilen ⁴⁾. Nach Eingang der Stellungnahme und Zustellung derselben an die Staatsanwaltschaft zur Gegenklärung hat das Gericht ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß über die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme zu entscheiden. Auf diese Weise wird demjenigen, der von einer nach §§ 283/284 bzw. 290 ff StPO angeordnete Beschlag-

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 135:

Mittel nicht die nächstliegende Möglichkeit zur Gewährung ausreichenden rechtlichen Gehörs dar.

Auch die Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft nach § 292 II StPO über das beschlagnahmte Vermögen bedeutet nicht die Einräumung einer Einflußnahmemöglichkeit. Diese Maßnahme bezweckt lediglich die geordnete Verwaltung und Erhaltung des beschlaggenommenen Vermögens, eröffnet aber keine Möglichkeit, die Aufhebung der Beschlagnahme zu erwirken.

- 1) Die Regelung des § 287 StPO über die Benachrichtigung vom Fortgang des Verfahrens bezieht sich auf das Beweissicherungsverfahren als solches, nicht jedoch, wie sich aus der Reihenfolge der Vorschriften ergibt, auf die "Beschlagnahme statt Haftbefehl".
- 2) Da gegen die Beschlagnahmen Beschwerde eingelegt werden kann, wird auch nicht über die vom Rechtsausschuß in § 33 a vorgesehene Regelung den Betroffenen nachträgliches Gehör gewährt.
- 3) §§ 281 und 286 I StPO.
- 4) Eb. Schmidt II, § 291 Rdn. 2, empfiehlt, den Angeschuldigten von der Beschlagnahme in Kenntnis zu setzen, gibt auf diese Information jedoch keinen Anspruch.

nahme betroffen wird, auf sachdienliche und verhältnismäßige Art die von Art. 103 I GG geforderte einflußnahmeberechtigende Subjektstellung im Abwesenheitsverfahren eingeräumt.

De lege ferenda wird vorgeschlagen, folgenden Satz 2 zu Abs. 2 des § 276 in die Strafprozeßordnung aufzunehmen ¹⁾:

"Die Vorschrift des § 98 a findet nach Anordnung einer Beschlagnahme (§§ 283, 284, 290) entsprechende Anwendung".

3. Vermögensbeschlagnahme i. S. v. § 433 StPO

Durch die Vermögensbeschlagnahme nach § 433 StPO soll auf den Betroffenen kein Zwang zu einem bestimmten prozessualen Verhalten ausgeübt werden. Es soll vielmehr die "Unschädlichmachung des Beschuldigten während des Verfahrens" erreicht werden ²⁾. Das bedeutet, daß die Vermögensbeschlagnahme rasch, d. h. ohne Anhörung des Betroffenen angeordnet werden können muß. Nur so kann verhindert werden, daß der Angeschuldigte seine vermutete Tätigkeit bis zu seiner rechtskräftigen Verurteilung weiterführen kann. Nach durchgeführter Beschlagnahme ist der gewünschte Verfahrenszweck erreicht. (Durch den überraschenden Entzug aller sächlichen Mittel ist der Angeschuldigte nämlich nicht mehr in der Lage, durch den Einsatz seines Vermögens seine gefährliche Tätigkeit fortzusetzen.). Es kann ihm daher ohne Gefährdung des Verfahrenszwecks eine Einflußnahmemöglichkeit auf die angeordnete Vermögensbeschlagnahme nachträglich gewährt werden.

Die Notwendigkeit zur Einräumung einer einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung folgt aus Art. 103 I GG, da die Vermögensbeschlagnahme einen beeinträchtigenden Eingriff in die Vermögenslage des Betroffenen darstellt. Der Annahme einer beeinträchtigenden Wirkung der Vermögensbeschlagnahme steht nicht entgegen, daß die Dauer der Maßnahme zeitlich begrenzt ist und spätestens nach rechtskräftiger Beendigung des Verfahrens aufzuheben ist ³⁾. Denn vom Zeitpunkt der Anordnung der Beschlagnahme bis zur rechtskräftigen Verurteilung kann ein langer Zeitraum verstreichen, während der Angeschuldigte kein Verfügungsrecht über sein Vermögen hat. Die Vermögensbeschlagnahme besteht also nicht nur in einem momentanen einmaligen Eingriff, der keine weiteren nachteiligen Folgen

1) Aus der Formulierung des § 276 II 1 StPO, daß "die allgemeinen Vorschriften" entsprechend gelten, könnte u. U. geschlossen werden, daß die Regelung des Beschlagnahmeverfahrens, als eines "besonderen" Verfahrens im Abwesenheitsverfahren nicht entsprechend angewandt werden darf. Deshalb ist eine ausdrückliche Verweisung auf § 98 a geboten.

2) Eb. Schmidt II § 433 Rdn. 3; KMR § 433 Nr. 1.

3) § 433 I 3 StPO.

nach sich zieht, sondern in einer länger andauernden Beeinträchtigung. Würde man deshalb dem Betroffenen keine prozessuale Möglichkeit geben, auf die Verkürzung der Dauer dieser Beeinträchtigung hinzuwirken, so würde der Anspruch auf rechtliches Gehör in unverhältnismäßiger Weise eingeschränkt.

Nach der geltenden gesetzlichen Regelung besteht für den Betroffenen keine Einflußnahmemöglichkeit auf die durchgeführte Beschlagnahme, bevor die Entscheidung der Hauptsache in der Hauptverhandlung ergeht. Es fehlt sowohl eine Vorschrift, die dem Angeschuldigten eine Informationsgelegenheit über den Beschlagnahmegrund eröffnet, als auch ein prozessuales Mittel, das dem Betroffenen eine Möglichkeit einräumt, auf die Aufhebung der angeordneten Vermögensbeschlagnahme hinarbeiten zu können ¹⁾. Diese bestehende Gesetzeslücke ist im Weg verfassungskonformer Lückenausfüllung mittels direkter Anwendung des objektiven Prozeßgrundsatzes von Art. 103 I GG zu schließen. De lege lata bedeutet dies, daß dem Angeschuldigten aus den gleichen Gründen wie im normalen Beschlagnahmeverfahren eine sachdienliche Informations- und Äußerungsgelegenheit einzuräumen ist.

Nach erfolgter Durchführung der Beschlagnahme ist daher dem Betroffenen der Beschlagnahmegrund zur schriftlichen Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist mitzuteilen. Für den Fall, daß eine der Maßnahme widersprechende Stellungnahme rechtzeitig eingeht, ist diese der Staatsanwaltschaft zur Gegenklärung zuzustellen. Anschließend ist ohne mündliche Verhandlung in einem zwischengeschalteten Beschlußverfahren über die Aufrechterhaltung der Vermögensbeschlagnahme zu entscheiden.

De lege ferenda empfiehlt es sich, den Abs. 3 des § 433 StPO folgendermaßen zu erweitern und neu zu fassen:

"Die Vorschriften der §§ 98 a und 291 bis 293 gelten entsprechend".

III. VORLÄUFIGE ENTZIEHUNG DER FAHRERLAUBNIS

Ebensowenig wie das normale Beschlagnahmeverfahren erfüllt das Verfahren auf vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis ²⁾ die Anforderungen, die Art. 103 I GG an ein ordnungsgemäßes Gerichtsverfahren stellt.

1) Die vom Rechtsausschuß vorgesehene Regelung in § 33 a wird aus Gründen des § 305 StPO dem Gebot des Art. 103 I GG ebenfalls nicht gerecht.

2) § 111 a StPO.

1. Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen

Die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis bewirkt ebenso wie die Beschlagnahme von Gegenständen einen Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen. Es wird hierbei zwar dem Betroffenen kein eigentlicher Vermögensgegenstand, sondern das erworbene Recht zum Führen von Kraftfahrzeugen entzogen. Die Entziehung dieser Befugnis stellt jedoch ebenfalls einen starken nachteiligen und nachhaltig wirkenden Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen dar. Wird dadurch doch dem Betroffenen eine erworbene Rechtsposition genommen, an der u. U. seine Existenzfähigkeit hängt. Die erworbene Befugnis zum Führen von Kraftfahrzeugen stellt in heutiger Zeit eine Berechtigung dar, deren Entziehung den Betroffenen empfindlich in seinen wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten treffen kann. Sie darf daher dem Berechtigten nur unter Wahrung eines ordnungsgemäßen Gerichtsverfahrens entzogen werden. Das bedeutet, daß sich der Betroffene gegen die Entziehung der Fahrerlaubnis zur Wehr setzen können muß, um seine Interessen wirksam verfolgen zu können ¹⁾. Da die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis auch längere Zeit andauern kann, - es handelt sich um einen Vorgriff auf ein späteres Urteil nach § 42 m StGB - muß dem Betroffenen eine Art. 103 I GG entsprechende einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt werden.

2. Einflußnahmemöglichkeiten nach der gesetzlichen Regelung

Die gesetzliche Regelung des Verfahrens auf vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis entspricht dem Gebot des Art. 103 I GG nur in unvollkommener Weise. Danach steht nämlich dem Richter vor Beginn des Hauptverfahrens die Möglichkeit offen, dem Beschuldigten die Fahrerlaubnis vorläufig zu entziehen, "wenn dies erforderlich ist, um die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung zu schützen", eröffnet aber dem von der Entziehung Betroffenen keine dem Gebot des Art. 103 I GG entsprechende Gelegenheit, sich dagegen zur Wehr zu setzen ²⁾.

1) Soweit dies nach § 42 m StGB im ordentlichen Hauptverfahren durch Urteil geschieht, steht dem Betroffenen die ihm in der Hauptverhandlung normalerweise in ausreichendem Umfang eingeräumte Einflußnahmemöglichkeit zu.

2) Denkbar ist eine Einflußnahmemöglichkeit durch den Betroffenen, wenn die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis im Rahmen einer richterlichen Untersuchungshandlung (§ 162 StPO) oder während einer gerichtlichen Voruntersuchung (§§ 178 ff StPO) erfolgt. Hier soll jedoch untersucht werden, ob der Beschuldigte auch außerhalb dieser beiden Verfahren eine ausreichende Subjektstellung besitzt.

Ungeeignet dafür ist das Beschwerdeverfahren (§ 305 S. 2 StPO), da der Beschuldigte hierbei eine Instanz verliert. Ebensonenig wird dem Beschuldigten über § 111 a IV StPO eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet, da § 111 a IV

Der Zweck der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis besteht darin, die Allgemeinheit vor einer weiteren Gefährdung durch den Beschuldigten zu schützen. Dieser Zweck des Gesetzes kann nur erreicht werden, wenn dem Beschuldigten die Fahrerlaubnis auf eine möglichst rasche und einfache Weise entzogen werden, d.h. die Berechtigung genommen werden kann, zulässigerweise am Straßenverkehr als Kraftfahrzeugführer teilzunehmen. Sachgerecht kann daher das Verfahren auf vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis nur sein, wenn die Entziehung rasch und ohne Einflußnahmemöglichkeit des Betroffenen ausgeführt werden darf ¹⁾. Daß ein derartiges Vorgehen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels in Einklang steht, ergibt sich aus einem Vergleich zwischen dem Schutz des Betroffenen vor einer ungerechten Entziehung der Fahrerlaubnis und der Notwendigkeit, die Allgemeinheit vor einer weiteren Gefährdung durch den Beschuldigten zu schützen. Eine derartige Abwägung fällt zugunsten des Schutzes der Allgemeinheit aus, da eine ungerechtfertigte Entziehung der Fahrerlaubnis das kleinere Übel gegenüber einer Gefährdung der Allgemeinheit darstellt. Insoweit, d.h. hinsichtlich des ersten Zugriffs, steht daher die gesetzliche Regelung des Verfahrens auf vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis nicht im Widerspruch zu dem Gebot des Art. 103 I GG.

Wenn der angestrebte Verfahrenszweck erreicht worden ist - durch die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis die Allgemeinheit also vor weiterer Gefährdung durch den Beschuldigten geschützt ist - besteht vom Verfahrenszweck her gesehen keine Notwendigkeit mehr, die vorläufige Entziehung aufrecht zu erhalten, ohne daß dem Betroffenen eine Einflußnahmemöglichkeit, die ihm erlaubt, auf die Aufhebung der angeordneten Maßnahme hinzuwirken, eröffnet wird. Denn nach Entziehung der Fahrerlaubnis ist die Legitimation dafür weggefallen, dem Betroffenen mit Überraschungseffekt ohne Gewährung einer Einflußnahmemöglichkeit die Fahrerlaubnis zu entziehen bzw. die Maßnahme aufrechtzuerhalten. Das Gebot des Art. 103 I GG fordert vielmehr, dem von der vorläufigen Entziehung Betroffenen nach Erreichung des Verfahrenszwecks eine Einflußnahmemöglichkeit zu eröffnen, um ihm damit Gelegenheit zu geben, auf die Aufhebung der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis hinzuwirken. Andernfalls würde in unverhältnismäßiger Weise der Anspruch des Betroffenen auf rechtliches Gehör im Verfahren

Fortsetzung der Fußnote 2 von Seite 139:

StPO nur dem Gericht die Aufhebung der Entziehung erlaubt, dem Beschuldigten aber keine Berechtigung verleiht, auf eine Aufhebung der Entziehung hinzuwirken zu dürfen.

- 1) Schwarz-Kleinknecht, § 111 a Nr. 7 fordert offenbar eine vorherige Anhörung des Betroffenen. Dies kann - und muß - nur gelten, wenn die Entscheidung nicht eilbedürftig ist.

auf vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis beschnitten. Das Individualinteresse des Betroffenen an der Aufhebung der getroffenen Maßnahme geht dem Interesse der Allgemeinheit auf Schutz vor weiterer Gefährdung nämlich von dem Augenblick an vor, von dem an die Fahrerlaubnis vorläufig entzogen worden und damit die Allgemeinheit in ausreichender Weise geschützt worden ist. Das bedeutet, daß dem Betroffenen durch Bereitstellung sachdienlicher prozessualer Mittel eine Einflußnahmemöglichkeit, welche ihm erlaubt, auf die Aufhebung der einmal angeordneten Maßnahme wirksam hinzuwirken, eingeräumt werden muß. Da dies nach der gesetzlichen Regelung nicht der Fall ist, hat der Beschuldigte *de lege lata* im Verfahren auf vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis nicht die von Art. 103 I GG geforderte Subjektstellung vor Gericht ¹⁾.

3. Gewährung einer Einflußnahmemöglichkeit

Der mangelhaften gesetzlichen Regelung ist *de lege lata* mittels einer direkten Anwendung des objektiven Prozeßgrundsatzes des Art. 103 I GG abzuhelpfen.

Aufgrund derselben Erwägungen, die im Beschlagnahmeverfahren zur Einschaltung eines im Gesetz nicht vorgesehenen Zwischenverfahrens führten, muß auch in dem Verfahren auf vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis in ähnlicher Weise vorgegangen werden. Das bedeutet, daß dem von der vorläufigen Entziehung Betroffenen alsbald nach Anordnung der Maßnahme der Entziehungsgrund schriftlich mitgeteilt und ihm die Möglichkeit gegeben werden muß, innerhalb einer angemessenen Frist zur Entziehung schriftlich Stellung zu nehmen und auf die Aufhebung der Maßnahme hinzuwirken. Über die Aufrechterhaltung oder Aufhebung der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis hat dann der Richter durch Beschluß zu entscheiden, nachdem vorher noch die Stellungnahme des Beschuldigten der Staatsanwaltschaft zur schriftlichen Gegeneklärung mitgeteilt worden ist.

Nur durch die Einschaltung eines derartigen, von der gesetzlichen Regelung nicht vorgesehenen Zwischenverfahrens wird dem Gebot des Art. 103 I GG im Verfahren auf vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis Genüge getan und erreicht, daß der von der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis Betroffene nicht zum hilf- und wehrlosen Objekt des Verfahrens degradiert wird.

1) Mit Ausnahme von Schwarz-Kleinknecht, § 111 a Nr. 7 nehmen Literatur und Rechtsprechung den geltenden gesetzlichen Zustand kritiklos hin. Verfassungsrechtliche Bedenken wegen Art. 103 I GG werden nicht erwähnt.

Auch die vom Rechtsausschuß vorgeschlagene Regelung des § 33 a wird aus Gründen des § 305 StPO dem Gebot des Art. 103 I GG nicht gerecht.

De lege ferenda erscheint es angebracht, die im Beschlagnahmeverfahren vorgeschlagene Regelung im Verfahren auf vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis entsprechend anzuwenden. Das bedeutet, daß als Absatz 5 zu § 111 a StPO folgende Ergänzung der Strafprozeßordnung vorgenommen werden sollte:

"Die Vorschrift des § 98 a findet entsprechende Anwendung".

IV. BEWEISSICHERNDE VERFAHREN MIT DER WIRKUNG EINER VORWEGGENOMMENEN BEWEISAUFNAHME

Im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung ¹⁾, durch richterliche Untersuchungshandlungen ²⁾, im Wege der kommissarischen Zeugen- und Sachverständigenvernehmung ³⁾, und im Beweissicherungsverfahren gegen Abwesende ⁴⁾ können bzw. müssen beweissichernde Ermittlungen neben den das Verfahren vorbereitenden Maßnahmen vorgenommen werden. Es soll mit Hilfe dieser vorweggenommenen Beweisaufnahmen bewirkt werden, daß vorhandene Beweismittel für eine Verwertung in der späteren Hauptverhandlung durch die Ereignisse der Zeit nicht verloren gehen können.

Die vom ersuchten Richter vor der Hauptverhandlung erhobenen Beweise können in der Hauptverhandlung mit der gleichen Wirkung verwertet werden, wie wenn sie dort unmittelbar durch das entscheidende Gericht eingeholt worden wären ⁵⁾. Sie können also auf die Rechtsstellung der Prozeßbeteiligten ebenso beeinträchtigend einwirken wie normale Beweisaufnahmen ⁶⁾. Die Folge davon ist, daß den Prozeßbeteiligten die Möglichkeit eröffnet werden muß, auf die vorweggenommene Beweisaufnahme wirksamen Einfluß zu nehmen. Würde das nicht geschehen, so würden die Prozeßbeteiligten zu Objekten des Verfahrens gemacht. Die nach Art. 103 I GG gebotene einflußnahmeberechtigende Subjektstellung würde ihnen nicht eingeräumt werden ⁷⁾.

1) §§ 178 ff StPO.

2) §§ 162 ff StPO (auch wenn der Amtsrichter nach § 165 StPO als Notstaatsanwalt beweissichernde Ermittlungen vornimmt).

3) §§ 223 ff StPO.

4) §§ 285 ff StPO.

5) §§ 251 ff StPO.

6) Siehe dazu §§ 261 und 264 StPO.

7) Wie bereits erörtert, entfällt diese Forderung, wenn durch richterliche Untersuchungshandlungen nur vorbereitende Ermittlungen, die in der Hauptverhandlung wiederholt werden müssen, angestellt werden.

Ganz allgemein fordert OLG Saarbrücken, NJW 60, 1731 die Anwendung des

1. Anordnung und Zulässigkeitserklärung von Untersuchungshandlungen

Die Anordnung der Beweiserhebung durch das zuständige Gericht ¹⁾ und die Entscheidungen, die die beantragte gerichtliche Voruntersuchung ²⁾ oder einzelne richterliche Untersuchungshandlungen ³⁾ für zulässig erklären, stellen für sich allein gesehen keinen belastenden Eingriff in die Rechtslage der Beteiligten dar. Denn die Anordnung bzw. Zulässigkeitserklärung beantragter beweissichernder Ermittlungen hat ebensowenig wie die Eröffnung des Hauptverfahrens auf den Ausgang des Prozesses einen Einfluß. Sie bewirkt lediglich, daß gegen die Prozeßbeteiligten ein vorbereitendes Verfahren in Gang kommt. Die damit im Interesse einer objektiven Wahrheitsfindung und einer geordneten Rechtspflege verbundenen geringfügigen Nachteile - wie etwa die Teilnahme an den angeordneten Terminen - haben die Prozeßbeteiligten auf sich zu nehmen. Eine Vorentscheidung über den Ausgang des Streits in der Hauptsache oder über die Zulässigkeit einer bestimmten angestrebten Prozeßführung wird jedenfalls mit der Anordnung, beweissichernde Maßnahmen durchzuführen, nicht getroffen ⁴⁾.

Fortsetzung der Fußnote 7 von Seite 142:

Grundsatzes des Art. 103 I GG in der Voruntersuchung, ohne allerdings dafür eine Begründung zu geben. Löwe S. 313 ff und S. 382 will sogar im Ermittlungsverfahren ganz generell den Grundsatz des Art. 103 I GG nicht angewendet wissen. Er ist nämlich der Meinung, daß es sich hierbei um eine verwaltende und keine richterliche Tätigkeit handle. Dieser Ansicht kann aus den oben erörterten Gründen nicht beigetreten werden.

1) Nach § 223 I bzw. § 202 StPO.

2) §§ 180, 181, 197 II bzw. § 201 II und § 285 StPO.

3) § 162 II bzw. § 201 II StPO.

4) Von einer echten Beeinträchtigung der Rechtsstellung der anderen Partei kann nicht schon dann gesprochen werden, wenn dem Antrag des Gegners vom Gericht stattgegeben wird. Denn ob die für zulässig erklärte Ermittlungstätigkeit sich belastend auswirkt, zeigt sich erst bei Ausführung der Anordnung. In diesem Verfahrensabschnitt ist daher rechtliches Gehör zu gewähren, vorher jedoch nicht. Daß diese Ansicht richtig ist, zeigt sich auch daran, daß nach §§ 178 I 3 a. E., 166 I und 190 II StPO einem Antrag des Beschuldigten auf Vornahme einer richterlichen Voruntersuchung in jedem Fall stattzugeben ist. Eine an sich mögliche Einflußnahme der Staatsanwaltschaft über § 33 StPO wird also schon vom Gesetz für unbeachtlich erklärt. Aus den erwähnten Gründen kann daher die nach § 180 II StPO mögliche Anhörung des Angeschuldigten zu den Anträgen der Staatsanwaltschaft nur dahin aufgefaßt werden, daß sie der Sachverhaltsermittlung durch das Gericht dienen soll. Mit einem Anspruch auf rechtliches Gehör hat die "Kannvorschrift" des § 180 II StPO nichts zu tun. Sie ist daher nicht über Art. 103 I GG in eine "Mußvorschrift" umzudeuten. Eine

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Anordnung ¹⁾ oder Zulässigkeitsklärung beantragter beweissichernder Ermittlungen die materielle und prozessuale Rechtsstellung der Prozeßbeteiligten nicht berührt. Die Gewährung eines Anspruchs auf rechtliches Gehör ist demnach insoweit nicht erforderlich.

2. Durchführung der Untersuchungshandlungen

Im Rahmen der Durchführung der angeordneten bzw. für zulässig erklärten beweissichernden Ermittlungen muß dagegen beiden Prozeßbeteiligten rechtliches Gehör in ausreichendem Umfang gewährt werden. Denn das Ergebnis der Ermittlungstätigkeit kann - wie bereits dargestellt - auf die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft bei der Erfüllung ihrer Aufgaben im Hauptverfahren ebenso beeinträchtigend einwirken wie auf die Rechtslage des sich verteidigenden Angeklagten.

Eine ausreichende einflußnahmeberechtigende Subjektstellung wird den Verfahrensbeteiligten bei der Durchführung der beweissichernden Ermittlungen eingeräumt, wenn sie an der Beweisaufnahme unmittelbar mitwirken können. Nur dadurch kann ihnen nämlich ermöglicht werden, auf den entscheidenden Punkt des ganzen Verfahrens in ausreichender Weise Einfluß zu nehmen. Gerade die Ermöglichung der persönlichen Anwesenheit und eines umfassenden Fragerechts für die Beteiligten ist zur Erfüllung des Gebots von Art. 103 I GG in Rahmen der Vornahme von Beweisaufnahmen - soweit nicht höherrangige Verfahrenszwecke entgegenstehen - unumgänglich. Nur dadurch wird Gelegenheit geschaffen, daß die Verfahrensbeteiligten nur ihnen bekannte Gesichtspunkte zur Sprache bringen können und daß

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 143:

Anhörung aus prozeßökonomischen Gründen ist jedoch zweckmäßig, wenn mit Einwänden des Angeeschuldigten nach § 181 StPO zu rechnen ist (Löwe-Rosenberg § 180 Nr. 12; KMR § 180 Nr. 7; Eb. Schmidt II § 180 Rdn. 15).

Die Nichtzulassung einer beantragten Untersuchungshandlung kann allerdings für den Antragsteller zu einer Beeinträchtigung seiner prozessualen Rechtslage führen, wenn nur das Gericht, nicht aber er selbst, die Ermittlungen wirksam vornehmen kann. In diesem Fall wird ihm nämlich die Möglichkeit genommen, sich mit allen Mitteln zu verteidigen bzw. auf eine Verurteilung hinwirken zu können. Es ist daher insoweit dem Antragsteller rechtliches Gehör zu gewähren. Dies geschieht nach der vorgesehenen gesetzlichen Regelung dadurch in ausreichendem Maß, daß dem Antragsteller die Möglichkeit offensteht, im Antrag (§§ 179, 162 I, 197 II bzw. 166 I, 201 i. V. m. 178 und 270 IV StPO) alles für die Entscheidung Erhebliche vorzutragen zu können.

Entsprechendes gilt bei einem Antrag auf Ergänzung der gerichtlichen Voruntersuchung nach § 208 I StPO.

1) Im Ergebnis insoweit ebenso Eb. Schmidt II § 202 Rdn. 13.

die vorhandenen Beweismittel voll ausgeschöpft werden können. Es ist daher grundsätzlich erforderlich, daß die Verfahrensbeteiligten von Ort und Zeit der Beweisaufnahme rechtzeitig benachrichtigt werden und daß ihnen die Möglichkeit gegeben wird, bei der Beweisaufnahme frageberechtigt anwesend zu sein. Diesen Forderungen des Art. 103 I GG wird die in der Strafprozeßordnung vorgesehene Regelung nicht in ausreichendem Umfang gerecht.

a) Benachrichtigung von Ort und Zeit der Beweisaufnahme

Der Forderung des Art. 103 I GG nach einer Benachrichtigung der Prozeßbeteiligten von Ort und Zeit der stattfindenden beweissichernden Ermittlungen kommt die gesetzliche Regelung grundsätzlich nach ¹⁾. Sie läßt jedoch von diesem Grundsatz Ausnahmen, die im Hinblick auf Art. 103 I GG verfassungswidrig sind, zu und ist außerdem unzureichend in Fällen, in denen zwar eine Ausnahme von der Benachrichtigungspflicht angebracht ist, den Verfahrensbeteiligten jedoch eine andere verhältnismäßige und sachdienliche Möglichkeit zur Einflußnahme eröffnet werden müßte.

Bei der Vornahme einzelner richterlicher Untersuchungshandlungen ²⁾ steht dem Beschuldigten nach der gesetzlichen Regelung nur dann ein Anwesenheitsrecht (und mithin auch nur dann das dafür die Voraussetzung bildende Recht auf Benachrichtigung von Ort und Zeit der stattfindenden Beweisaufnahme) zu, wenn er "vom Richter vernommen ist oder sich in Untersuchungshaft befindet" ³⁾. Keinen gesetzlichen Anspruch auf Benachrichtigung und Anwesenheit haben bei der Durchführung beweissichernder Ermittlungen nach der gesetzlichen Regelung dagegen diejenigen Beschuldigten, die sich auf freiem Fuß befinden und noch nicht richterlich vernommen worden sind. Es können also Beweise eingeholt werden, die später in der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten als vollgültige Beweismittel belastend verwertet werden können, ohne daß er sich als Beschuldigter hätte dagegen zur Wehrsetzen können. Ein derartiges Vorgehen steht in auffälligem Widerspruch zu dem Gebot des Art. 103 I GG.

Der Zweck der einengenden Vorschrift, nur einem bereits näher konkretisierten Beschuldigten ⁴⁾ eine Einflußnahmemöglichkeit zu eröffnen, berechtigt nicht zu der gesetzlich vorgesehenen Einschränkung des einflußnahmeberechtigten Personenkreises. Die Abgrenzung zwischen Personen mit und solchen ohne einflußnahmeberechtigender Subjektstellung im beweissichernden Ermittlungsverfahren wird näm-

1) §§ 193 III, 169 I und II i. V. m. 193 III, 224 I 1 und 225 i. V. m. 224 I 1 StPO.

2) Nach §§ 162 ff StPO.

3) § 169 II i. V. m. § 193 III StPO.

4) Eb. Schmidt II § 169 Rdn. 5; Löwe-Rosenberg § 169 Nr. 4 a.

lich von der gesetzlichen Regelung rein formal und ohne Rücksicht darauf vorgenommen, daß nach Art. 103 I GG allen Personen, die durch eine gerichtliche Maßnahme möglicherweise in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigt werden können, die Möglichkeit eröffnet werden soll, sich zur Wehr zu setzen. Die in § 169 II StPO vorgesehene Beschränkung der Einflußnahmemöglichkeit ist daher im Hinblick auf Art. 103 I GG verfassungswidrig. Sie bewirkt, daß eine große Anzahl von Beschuldigten zu wehrlosen Objekten des Verfahrens gemacht werden, während nach Art. 103 I GG allen Beschuldigten ausnahmslos eine Subjektstellung bei der Vornahme beweissichernder Ermittlungen eingeräumt werden muß ¹⁾.

De lege lata darf daher § 169 II StPO insoweit nicht angewandt werden. Es müßte vielmehr jeder in Frage kommende Beschuldigte von Ort und Zeit der stattfindenden beweissichernden Ermittlungen rechtzeitig benachrichtigt werden, um ihm damit eine Teilnahme an der richterlichen Verhandlung zu ermöglichen ²⁾. Der entscheidende Richter kann dieses Verfahren jedoch mittels einer verfassungskonformen Auslegung des § 169 II StPO nicht einschlagen, da die gesetzliche Regelung eindeutig ist. Er muß vielmehr die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 GG einholen und solange das Verfahren aussetzen.

De lege ferenda wird vorgeschlagen, § 169 Abs. 2 StPO zu streichen und Abs. 1 folgendermaßen neu zu fassen:

"Für die Teilnahme der Staatsanwaltschaft, des Beschuldigten und des Verteidigers an den richterlichen Verhandlungen sind die für die Voruntersuchung geltenden Vorschriften anzuwenden".

-
- 1) Falls sich vor Durchführung der beweissichernden Ermittlungen der Tatverdacht noch nicht so verdichtet hat, daß eine Person als Beschuldigter angesehen werden kann, ist es unmöglich, jemand von der stattfindenden richterlichen Verhandlung zu benachrichtigen. In diesen Fällen kann - wie unten gezeigt wird - der Verfahrenszweck ausnahmsweise gebieten, ohne Benachrichtigung und ohne Anwesenheit des wahren Beschuldigten die Ermittlungen anzustellen. Normalerweise ist aber der Beweistermin zu verschieben, bis eine Person als Beschuldigter in Frage kommt. Sind mehrere Personen verdächtig, so sind alle, selbst wenn nur eine der Täter sein kann, zu benachrichtigen und anwesenheitsberechtigt (Löwe-Rosenberg § 169 Nr. 4a; Eb. Schmidt II § 169 Rdn. 7).
- 2) Eb. Schmidt II § 169 Rdn. 8 nähert sich dieser Lösung - soweit dies bei gesetzestreuer Anwendung des § 169 II StPO überhaupt möglich ist - indem er den Begriff der Vernehmung sehr weit gefaßt wissen will. Schwarz-Kleinknecht, § 169 Nr. 3 will es in das Ermessen der Ermittlungsbehörde stellen, auch andere Verfahrensbeteiligte zuzuziehen. Die Entwürfe zur Änderung der Strafprozeßordnung lassen § 169 II StPO jedoch unbeanstandet.

Ausnahmen von der Pflicht des Gerichts, die Prozeßbeteiligten von Ort und Termin der stattfindenden Beweisaufnahmen zu benachrichtigen, sind nach der Regelung der Strafprozeßordnung nicht nur hinsichtlich des betroffenen Personenkreises möglich. Eine Benachrichtigung von Ort und Zeit der stattfindenden Beweiserhebungen kann vielmehr nach den geltenden Vorschriften auch dann ganz allgemein unterbleiben, wenn die Benachrichtigung die beabsichtigte Ermittlungstätigkeit aufhalten würde ¹⁾ oder wegen Gefahr im Verzug unmöglich wäre ²⁾.

Eine derartige Beschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör steht nicht im Widerspruch zu dem Gebot des Art. 103 I GG. Sie ist vielmehr erforderlich, um den Zweck, den die beweissichernde Ermittlungstätigkeit anstrebt, erreichen zu können. Besteht nämlich die Gefahr, daß ein Beweismittel durch die Ereignisse der Zeit verloren gehen kann, so muß im Interesse an einer objektiven Strafverfolgung dieses Beweismittel noch ausgeschöpft werden können, bevor es sich endgültig und unwiederbringlich einer erfolgsversprechenden Verwertung in der Hauptverhandlung entzieht. Es kann also notwendig werden, eine beweissichernde Ermittlung innerhalb kürzester Frist vorzunehmen, um auf diese Weise ein wichtiges Beweisergebnis zu gewinnen und in erfolgsversprechender Weise bis zur Hauptverhandlung zu konservieren. In diesen Fällen ist es daher erlaubt und geboten, die beweissichernden Ermittlungen ohne vorherige Benachrichtigung und mithin in Abwesenheit der Prozeßbeteiligten durchzuführen, falls innerhalb der verbleibenden Frist eine rechtzeitige Benachrichtigung vom Stattfinden der Beweiserhebung ohne Gefahr für den Verlust des Beweismittels nicht erfolgen kann. Nur auf diese Weise kann der angestrebte Verfahrenszweck des beweissichernden Verfahrens erfolgreich herbeigeführt werden ³⁾.

An die die Ausnahmefälle rechtfertigenden Voraussetzungen sind jedoch strengste Anforderungen zu stellen ⁴⁾. Überall dort, wo nicht unmittelbare Gefahr im Ver-

1) § 193 III bzw. § 169 i. V. m. § 193 III StPO.

2) § 224 I 1 und § 225 i. V. m. § 224 I 1 StPO.

Die unterschiedliche Wortfassung in § 193 III und § 224 I 1 StPO bedeutet keinen Unterschied in der Sache, da in beiden Fällen der Verfahrenszweck der gleiche ist (vgl. Eb. Schmidt II § 193 Rdn. 7). A. A. KMR § 224 Nr. 4 und Löwe-Rosenberg § 224 Nr. 4, die wegen des Wortlauts die Regelung des § 224 StPO als engere Ausnahmeregelung ansehen.

3) Löwe-Rosenberg § 193 Nr. 8 und § 224 Nr. 4; KMR § 193 Nr. 4a und § 224 Nr. 4; Eb. Schmidt II § 224 Rdn. 5.

4) Eb. Schmidt II § 193 Rdn. 7 und § 224 Rdn. 5.

Das BayObLGSt 1, 113 ff stellt zutreffend fest, daß die kommissarische Vernehmung nicht ein im Interesse der Beschleunigung zugelassener Notbehelf ist, sondern eine Vorwegnahme der Beweisaufnahme mit der Folge, daß nur in Ausnahmefällen die Benachrichtigung entfallen darf. Die Gefahr einer bloßen Verzögerung des Verfahrens macht die Benachrichtigung nicht unmöglich.

zug ist, sind die Prozeßbeteiligten von der stattfindenden Beweisaufnahme zu benachrichtigen. Das bedeutet u. a., daß in einem Ermittlungsstadium, in dem noch kein näher konkretisierter Tatverdacht auf eine Person gefallen ist - also noch niemand als Beschuldigter betrachtet wird und deshalb auch nicht benachrichtigt werden kann - grundsätzlich keine beweissichernden Ermittlungen vorgenommen werden dürfen, da sonst dem potentiell Beschuldigten eine einflußnahmeberechtigte Subjektstellung abgesprochen würde. Nur in den Fällen, in denen der unwiederbringliche Verlust von Beweismitteln zu besorgen ist, dürfen auch dann beweissichernde Ermittlungen durchgeführt werden, wenn noch niemand als Beschuldigter ins Auge gefaßt werden kann. Können die Ermittlungen jedoch ohne Gefahr aufgeschoben werden, so muß mit der Durchführung beweissichernder Ermittlungen abgewartet werden, bis sich der Tatverdacht auf einen Beschuldigten konkretisiert hat, damit dieser von Ort und Zeit der stattfindenden Beweisaufnahme benachrichtigt werden kann.

Mit der Einsicht, daß in Ausnahmefällen eine Benachrichtigung der Prozeßbeteiligten vom Stattfinden beweissichernder Ermittlungen ohne Verletzung des Art. 103 I GG unterbleiben kann, ist aber noch nicht gesagt, daß es auch zulässig ist, die Beteiligten in diesen Fällen von jeder Einflußnahmemöglichkeit auf die Beweiserhebungen völlig auszuschließen. Der Verfahrenszweck des beweissichernden Verfahrens deckt Ausnahmen von der Benachrichtigungspflicht des Gerichts nämlich nur insoweit, als es sich um die eilbedürftige Durchführung der beweissichernden Ermittlungen handelt. Sind die Ermittlungen jedoch abgeschlossen, so steht der angestrebte Verfahrenszweck der Eröffnung einer Einflußnahmebefugnis für die Prozeßbeteiligten auf die Beweiserhebungen nicht mehr entgegen. Es ist vielmehr den Beteiligten eine sachdienliche Möglichkeit einzuräumen, zum Ermittlungsergebnis Stellung zu nehmen. Würde dies nicht geschehen, läge ein unverhältnismäßiger Eingriff in die den Prozeßbeteiligten zustehende Subjektstellung vor. Denn das Recht der Prozeßbeteiligten auf eine wirksame Einflußnahmebefugnis würde in denjenigen Fällen beweissichernder Ermittlungstätigkeit über Gebühr und ohne sachlichen Grund eingeeengt, in denen zur Herbeiführung eines vorrangigen legitimen Verfahrenszwecks eine Benachrichtigung von der stattfindenden Beweiserhebung unterbleiben darf und muß.

Das sachdienliche prozessuale Mittel, mit dem in diesen Fällen den Prozeßbeteiligten eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet werden kann, besteht in der Mitteilung des ermittelten Beweisergebnisses an sie, verbunden mit der ihnen einzuräumenden Gelegenheit, dazu innerhalb einer angemessenen Frist schriftlich Stellung zu nehmen. Dadurch wird den Beteiligten die Möglichkeit gegeben, wenigstens in beschränktem Umfang auf das Ergebnis der beweissichernden Ermittlungen nachträglich einzuwirken. So können sie etwa auf das in Frage stehende Beweismittel - falls es entgegen allen Erwartungen doch nicht verlorengegangen ist - in einem

von ihnen beantragten nochmaligen Ermittlungsverfahren einwirken oder neue in Zusammenhang mit dem bereits erschöpften Beweismittel stehende zusätzliche Ermittlungen anregen bzw. beantragen. Das ist besonders deshalb wichtig, weil die zusätzlichen Beweismittel u. U. bis zur Hauptverhandlung ebenfalls verlorengehen können und daher rasche Ermittlungen auch insoweit notwendig werden können. Infolgedessen wäre der Grundsatz von der Verhältnismäßigkeit des Mittels bezüglich der Einschränkung der Subjektstellung der Verfahrensbeteiligten verletzt, wenn den Betroffenen erst in der Hauptverhandlung Gelegenheit gegeben würde, zu den beweissichernden Ermittlungen Stellung zu nehmen ¹⁾. Es bestünde die Gefahr, daß durch dieses zeitliche Hinausschieben der Einflußnahmemöglichkeit wichtige Beweise zu Lasten des Betroffenen verlorengehen könnten, ohne daß dies vom Zweck der raschen Ermittlungstätigkeit her gerechtfertigt werden könnten.

Für die Fälle, in denen eine Benachrichtigung der Prozeßbeteiligten über das Stattfinden beweissichernder Ermittlungen aus legitimen Verfahrensgründen unterbleiben darf ²⁾, fehlt in der Strafprozeßordnung eine Vorschrift, die regelt, wie unter diesen Umständen rechtliches Gehör gewährt werden muß. Die mangelhafte gesetzliche Regelung ist daher de lege lata im Weg einer verfassungskonformen Lückenausfüllung mittels direkter Anwendung des Prozeßgrundsatzes des Art. 103 I GG zu schließen. Dies hat in der Weise zu geschehen, daß das Ergebnis der angestellten Ermittlungen den Prozeßbeteiligten mitgeteilt und ihnen Gelegenheit gegeben wird, dazu innerhalb einer angemessenen Frist Stellung zu nehmen.

De lege ferenda erscheint es angebracht, die Gesetzeslücken durch folgende gleichlautende Regelungen, die als Satz 2 zu Absatz 3 des § 193 StPO und als Satz 3 zu Absatz 1 des § 224 StPO einzufügen sind, zu schließen:

"In den Fällen, in denen eine Benachrichtigung nicht erfolgen konnte, ist den Beteiligten nach Abschluß der Ermittlungen das Ergebnis der Beweisaufnahme umgehend mitzuteilen und ihnen Gelegenheit zur Äußerung innerhalb einer angemessenen Frist zu geben".

Ein Sonderfall im Hinblick auf die Benachrichtigung des Betroffenen von Ort und Zeit der stattfindenden Beweisaufnahme liegt im Beweissicherungsverfahren gegen abwesende Beschuldigte vor ³⁾. Die besondere Art dieses Verfahrens und der von dem Verfahren verfolgte Verfahrenszweck bedingen auch eine Sonderregelung.

Da der Aufenthaltsort des Beschuldigten unbekannt ist, kann er nicht auf normale Art von der stattfindenden Beweisaufnahme benachrichtigt werden. Es ist vielmehr

1) Etwa nach §§ 33, 257, 258 StPO.

2) Also in den Fällen der §§ 193 III, 169 i. V. m. 193 III, 224 I 1 und 225 i. V. m. 224 I 1 StPO.

3) §§ 285 ff StPO.

als Ersatz hierfür erforderlich, daß der Beschuldigte über Publikationsorgane öffentlich zum Erscheinen aufgefordert wird und – falls dadurch sein Aufenthaltsort bekannt wird – er auch über den Fortgang des Verfahrens unterrichtet wird. Diesen aus der Natur des Verfahrens sich ergebenden Weg für die Benachrichtigung sieht die Strafprozeßordnung grundsätzlich vor ¹⁾. Er ist sachdienlich und stellt keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Subjektstellung des Betroffenen dar. Erfährt nämlich der Beschuldigte von der öffentlichen Benachrichtigung und erscheint er trotzdem nicht zu der Beweisaufnahme, so hat er die ihm gebotene Einflußnahmemöglichkeit ungenutzt verstreichen lassen und kann sich deshalb nicht auf eine Verletzung von Art. 103 I GG berufen. Dies gilt umso mehr, als er die gesetzliche Möglichkeit besitzt, sich durch einen Verteidiger oder durch Angehörige vertreten zu lassen ²⁾. Erfährt er die Benachrichtigung nicht, so erfordert das Interesse an der Erforschung der objektiven Wahrheit trotzdem die Vornahme der beweissichernden Maßnahmen, da sonst deren Verlust zu gewärtigen ist ³⁾. Dieses Vorgehen gebietet der angestrebte Verfahrenszweck.

Da die Strafprozeßordnung den gezeigten Weg nur in Form von Kannvorschriften vorschreibt, bestehen insoweit im Hinblick auf das Gebot des Art. 103 I GG Bedenken. Eine öffentliche Benachrichtigung des Beschuldigten vom Stattfinden bzw. Fortgang des Beweissicherungsverfahrens darf nämlich unter Beachtung des Gebots von Art. 103 I GG weder beliebig noch nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts unterlassen werden. Der objektive Prozeßgrundsatz des Anspruchs auf rechtliches Gehör gilt vielmehr absolut. Dem Betroffenen muß daher eine Einflußnahmemöglichkeit zur Wahrung seiner Subjektstellung im Verfahren grundsätzlich eingeräumt werden. Für Kannvorschriften ist bei der Realisierung des Art. 103 I GG kein Platz, da dies im Widerspruch zum Wesen eines Grundrechts stünde. Nur soweit das Grundrecht immanent Ausnahmen umfaßt, ist eine Einschränkung zulässig. Das bedeutet, daß im Beweissicherungsverfahren gegen Abwesende eine öffentliche Benachrichtigung der Betroffenen von Ort und Zeit der Beweisaufnahme immer erfolgen muß und daß der Betroffene, wenn sein Aufenthalt bekannt ist, auch vom Fortgang des Beweissicherungsverfahrens unterrichtet werden muß, falls eine vorweggenommene Beweisaufnahme stattfindet. Nur auf diese Weise kann verhindert werden, daß der Abwesende zum wehrlosen Objekt eines Beweissicherungsverfahrens wird, dem die Wirkung einer vorweggenommenen Beweisaufnahme zukommt.

1) § 288 bzw. § 287 II StPO.

2) § 286 I StPO.

3) Vgl. insoweit oben. Liegt also keine Gefahr im Verzug vor, so ist mit einer Vorwegnahme der Beweisaufnahme abzuwarten, bis sich der Beschuldigte meldet.

Das bedeutet, daß de lege lata die Kannvorschriften der §§ 288 und 287 II StPO im Hinblick auf Art. 103 I GG durch verfassungskonforme Auslegung als Mußvorschriften angewendet werden müssen. Nur dann, wenn ausnahmsweise der Verlust eines Beweismittels wegen des durch eine Benachrichtigung oder eine Terminverlegung eintretenden Zeitverlusts zu befürchten ist, kann hiervon abgesehen werden. Insoweit gebietet nämlich die Sachdienlichkeit des Mittels bei der Gewährung rechtlichen Gehörs eine sofortige vorweggenommene Beweiserhebung, ohne daß der Betroffene davon zu benachrichtigen ist. Andernfalls würde der angestrebte Verfahrenszweck nicht erreicht werden können. In diesen Ausnahmefällen ist jedoch dem Betroffenen nachträglich rechtliches Gehör in der Weise zu gewähren, daß ihm das Ergebnis der Beweisaufnahme zur schriftlichen Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist mitzuteilen ist. Nur so kann ein unverhältnismäßiger Eingriff in die dem Betroffenen zustehende einflußnahmeberechtigende Subjektstellung vermieden werden.¹⁾

De lege ferenda müßten unter Beachtung dieser Gesichtspunkte Absatz 1 von § 287 I StPO ersatzlos gestrichen und Absatz 2 von § 287 StPO sowie § 288 StPO als Mußvorschrift gefaßt werden.

§ 287: "Findet eine vorweggenommene Beweiserhebung statt, so muß der Abwesende, dessen Aufenthalt bekannt ist, vom Fortgang des Verfahrens benachrichtigt werden."

§ 288: "Der Abwesende, dessen Aufenthalt unbekannt ist, muß, wenn eine vorweggenommene Beweisaufnahme stattfindet, in einem oder mehreren öffentlichen Blättern zum Erscheinen vor Gericht oder zur Anzeige seines Aufenthaltsorts aufgefordert werden."

Außerdem wäre als § 288 a in die Strafprozeßordnung aufzunehmen:

"Können die Vorschriften der §§ 287 und 288 wegen Gefahr im Verzug nicht eingehalten werden, ist dem Abwesenden das Ergebnis der Beweiserhebungen zur schriftlichen Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist mitzuteilen."

b) Frage- und Anwesenheitsrecht bei den Untersuchungshandlungen

Um den Prozeßbeteiligten in den beweissichernden Ermittlungsverfahren eine ausreichende einflußnahmeberechtigende Subjektstellung zu gewähren, muß ihnen die Möglichkeit eröffnet werden, bei der Durchführung der Beweiserhebungen frageberechtigt²⁾ anwesend zu sein³⁾. Dieser Forderung des Art. 103 I GG wird

1) Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

2) Daß ein Anwesenheitsrecht nur dann sinnvoll ist, wenn es auch ein Fragerecht i. S. von §§ 240 II 1 und 242 II StPO mit umfaßt, wird allgemein anerkannt

die Regelung der Strafprozeßordnung zwar grundsätzlich gerecht ¹⁾, läßt jedoch auch Ausnahmen zu, die verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegen.

Im Rahmen der Verfahren, in denen beweisichernde Ermittlungen vorgenommen werden können, haben die Verfahrensbeteiligten nach der gesetzlichen Regelung generell keinen Anspruch auf Terminsverlegung wegen Verhinderung ²⁾. Es kann ihnen daher selbst dann, wenn sie triftige Verhinderungsgründe geltend machen ³⁾, verwehrt sein, an der für sie sich möglicherweise nachteilig auswirkenden vorweggenommenen Beweisaufnahme teilzunehmen ⁴⁾. Eine solche allgemeine Beschränkung der Anwesenheitsbefugnis in Beweisterminen läßt sich nicht mit einem legitimen Verfahrenszweck rechtfertigen. Eine derartige Regelung verstößt vielmehr

Fortsetzung der Fußnoten 2 und 3 von Seite 151:

(vgl. Löwe-Rosenberg § 193 Nr. 5; KMR § 193 Nr. 3; Eb. Schmidt II § 193 Rdn. 5 und § 224 Rdn. 1).

3) Ausnahmen bilden die bereits erörterten Fälle, in denen der verfolgte Zweck der beweisichernden Verfahren eine Benachrichtigung und Anwesenheit der Beteiligten nicht zuläßt.

1) §§ 193 I und II, 169 i. V. m. 193 I und II (diese Verweisung übersieht offenbar BGHSt 1, 269 (271)), 224 I 1 und 225 i. V. m. 224 I 1 StPO.

Die Regelung des § 224 I 1 a. E. StPO, daß es der Anwesenheit der Beteiligten bei der Vernehmung nicht bedarf, steht Art. 103 I GG nicht entgegen. Denn sie verbietet nicht die Anwesenheit, sondern läßt die Möglichkeit zur Anwesenheit durchaus zu.

2) Unzweifelhaft ist dies bei der gerichtlichen Voruntersuchung (§ 193 V StPO) und bei der Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen i. S. v. §§ 162 ff StPO (§ 169 i. V. m. § 193 V StPO). Eine entsprechende Vorschrift fehlt dagegen bei der kommissarischen Vernehmung. Es wird jedoch allgemein angenommen, daß infolge des übereinstimmenden Verfahrenszwecks auch hier die Regelung des § 193 V StPO entsprechend gilt (KMR § 224 Nr. 1 d; zweifelnd Eb. Schmidt II § 224 Rdn. 7). Im Beweissicherungsverfahren gegen Abwesende fehlt ebenfalls eine entsprechende Regelung.

3) Etwa Verhinderung wegen Krankheit oder weil in derselben Sache zur gleichen Zeit mehrere Beweisaufnahmen stattfinden. In diesem Fall hält BGHSt, NJW 52, 1426 unter Hinweis auf den Wortlaut des § 193 V StPO eine Verlegung nicht für notwendig (zweifelnd; KMR § 193 Nr. 4a; zustimmend; Neumann bei LM § 140 Nr. 5; Eb. Schmidt II § 193 Rdn. 8; Schwarz-Kleinknecht, § 193 Nr. 3 und § 224 Nr. 2).

4) Das Gericht ist allerdings trotz § 193 V StPO nicht gehindert, einem Antrag auf Terminsverlegung zu entsprechen (Löwe-Rosenberg § 193 Nr. 12; Eb. Schmidt II § 193 Rdn. 8).

gegen das Gebot des Art. 103 I GG und ist deshalb verfassungswidrig. Sie schränkt die Prozeßbeteiligten in der ihnen zustehenden Subjektstellung in unverhältnismäßiger Weise ein und degradiert sie zu wehrlosen Objekten des Verfahrens. Denn wenn die beweissichernden Ermittlungen trotz triftiger Verhinderungsgründe der Prozeßbeteiligten durchgeführt werden, wird den Betroffenen die ihnen nach Art. 103 I GG zustehende Einflußnahmemöglichkeit nicht eingeräumt, obwohl sie u. U. die Verhinderungsgründe nicht einmal selbst zu vertreten haben. So kann ein für die Prozeßbeteiligten belastender Tatbestand ermittelt werden, ohne daß sich die Betroffenen dagegen hätten wirksam zur Wehr setzen können. Ein derartiges Vorgehen verstößt gegen das Gebot des Art. 103 I GG.

Infolge ihres Widerspruchs zu dem objektiven Prozeßgrundsatz des Art. 103 I GG darf die Regelung des § 193 V StPO de lege lata nicht angewandt werden. Es müßte vielmehr dem Antrag der Prozeßbeteiligten auf Terminsverlegung immer dann stattgegeben werden, wenn sie dafür ausreichende Gründe glaubhaft vortragen. Nur auf diese Weise könnte erreicht werden, daß den Prozeßbeteiligten eine umfassende Subjektstellung im Rahmen der Vornahme beweissichernder Ermittlungen eingeräumt wird.

Wegen der Eindeutigkeit der gesetzlichen Regelung ist der entscheidende Richter nicht befugt, im Wege verfassungskonformer Auslegung die erforderliche Einflußnahmemöglichkeit zu gewähren. Er hat vielmehr die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 GG einzuholen.

De lege ferenda wäre Absatz 5 von § 193 StPO zu streichen und durch folgende Regelung zu ersetzen:

"In begründeten Verhinderungsfällen steht den zur Anwesenheit Berechtigten ein Anspruch auf Terminsverlegung zu".

Um auch eine klare gesetzliche Regelung für die kommissarische Zeugenvernehmung und das Beweissicherungsverfahren gegen Abwesende zu erhalten, erscheint es außerdem angebracht, als Absatz 3 zu § 224 StPO und als § 288 b StPO folgende Vorschrift in die Strafprozeßordnung einzufügen:

"§ 193 V findet entsprechende Anwendung."

Wenn zu befürchten ist, daß bei Durchführung einer beweissichernden Zeugenvernehmung der Zeuge in Anwesenheit des Beschuldigten nicht die Wahrheit sagen wird, kann der Beschuldigte von der Anwesenheit in der Verhandlung ausgeschlossen werden ¹⁾.

1) Siehe § 194 und entsprechend § 169 i. V. m. § 194 StPO.

Diese Schmälerung der einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung des Beschuldigten verstößt nicht gegen das Gebot des Art. 103 I GG, sondern ist durch den von ihr verfolgten Verfahrenszweck legitimiert. Mit Hilfe der beweissichernden Ermittlungen soll nämlich erreicht werden, daß ein Beweismittel, das verlorenzugehen droht, noch vorher voll ausgeschöpft werden kann, um auf diese Weise zur Wahrheitsforschung wirksam beitragen zu können. Gerade dieser Verfahrenszweck würde aber vereitelt, wenn die Gefahr bestünde, daß bei Anwesenheit des Angeeschuldigten der Zeuge nicht die Wahrheit sagen würde und mithin die angestrebte Ausschöpfung des Beweismittels unmöglich würde. Es bestünde im Fall der Anwesenheit des Beschuldigten bei der Zeugenvernehmung nämlich die Gefahr, daß der Zeuge entweder keine vollständigen Aussagen machen oder sogar die Unwahrheit bezeugen würde. Seine falsche Aussage würde zum Inhalt des Beweisergebnisses und damit zur Grundlage der späteren Entscheidung werden. Um dies zu verhindern, ist daher ohne Verstoß gegen Art. 103 I GG zulässig, den Beschuldigten von der Anwesenheit bei der Zeugenvernehmung auszuschließen, falls Gefahr besteht, daß der Zeuge sonst nicht die Wahrheit sagen wird.

Es verstößt jedoch gegen Art. 103 I GG, wenn man dem bei der Zeugenvernehmung ausgeschlossenen Beschuldigten keine prozessuale Möglichkeit bereitstellt, auf die Zeugenaussagen in anderer Weise wirksam Einfluß zu nehmen. Falls man ihm nämlich nicht nach Erreichung des Verfahrenszwecks - d. h., nach der Aussage des Zeugen - die Gelegenheit eröffnet, zu dieser Aussage Stellung zu nehmen, beschneidet man die ihm zustehende Subjektstellung in unverhältnismäßiger Weise. Es würde ihm in diesem Fall die Möglichkeit genommen, an den Zeugen (direkt oder über den vernehmenden Richter) zusätzliche, aufklärende Fragen zu stellen, um dadurch auf die bisherige Aussage wenigstens nachträglich Einfluß zu nehmen. Er könnte allenfalls in der Hauptverhandlung zu dem feststehenden Beweisergebnis Stellung nehmen ¹⁾, aber, falls der Zeuge zu diesem Zeitpunkt nicht mehr vernehmungsfähig ist, keine Korrektur an dem bestehenden, ihn u. U. belastenden Beweisergebnis durch eine Zeugenbefragung vornehmen. Die Beschränkung der Subjektstellung des Beschuldigten ist daher nur solange gerechtfertigt, solange dies zur Erlangung des angestrebten Verfahrenszwecks notwendig ist. Nach erfolgter Aussage fällt diese legitime Beschränkung jedoch weg, mit der Folge, daß dem Angeschuldigten dann eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet werden muß.

Das sachdienliche prozessuale Mittel hierfür besteht in der Unterrichtung des Beschuldigten durch den vernehmenden Richter über den wesentlichen Inhalt der während seiner Abwesenheit gemachten Aussage ²⁾. Dadurch erhält der Beschuldig-

1) Über §§ 33, 257, 258 StPO.

2) Nach Löwe-Rosenberg § 194 Nr. 5 ist die Mitteilung in das Ermessen des Richters gestellt; nach KMR § 194 Nr. 1; Eb. Schmidt II § 194 Rdn. 3 und Schwarzknecht, § 194 Nr. 1 ist die Mitteilung zulässig aber im Gegensatz zum Fall des § 247 I 3 StPO nicht notwendig.

te eine ausreichende Informationsmöglichkeit und mithin die Gelegenheit, weitere Fragen an den Zeugen selbst oder über den vernehmenden Richter - falls weiterhin eine falsche Aussage des Zeugen befürchtet werden muß, wenn der Beschuldigte anwesend ist - zu stellen. Da die Strafprozeßordnung eine derartige von Art. 103 I GG geforderte Einflußnahmemöglichkeit im Rahmen vorweggenommener Beweis- aufnahmeverfahren nicht eröffnet¹⁾, ist de lege lata der objektive Prozeßgrundsatz des Art. 103 I GG in der geschilderten Art und Weise im Weg verfassungskonformer Lückenausfüllung unmittelbar anzuwenden.

De lege ferenda wird vorgeschlagen, folgenden Absatz 2 zu § 194 StPO in die Strafprozeßordnung aufzunehmen:

"Nach Beendigung der Zeugenaussage ist der Beschuldigte vorzulassen und vom vernehmenden Richter über den wesentlichen Inhalt der während seiner Abwesenheit erfolgten Zeugenaussage zu unterrichten. Dem Beschuldigten ist Gelegenheit zu geben, sich dazu äußern und weitere Fragen an den Zeugen zu stellen".

Sowohl bei der gerichtlichen Voruntersuchung²⁾ als auch bei der kommissarischen Zeugen- und Sachverständigenvernehmung hat der nicht auf freiem Fuß befindliche Angeschuldigte (Angeklagte) einen Anspruch auf Anwesenheit bei Beweisterminen nur dann, wenn sie an der Gerichtsstelle, an der er inhaftiert ist, abgehalten werden³⁾. Es können also nach der gesetzlichen Regelung beweissichernde Ermittlungen auch in Abwesenheit des Beschuldigten durchgeführt werden.

Eine derartige Beschränkung der Einflußnahmebefugnis des Beschuldigten im beweissichernden Verfahren verstößt gegen Art. 103 I GG. Sie stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Subjektstellung des Beteiligten dar, da sie die Möglichkeit zur Einflußnahme von Voraussetzungen abhängig macht, die nicht mit einem legitimen Verfahrenszweck gerechtfertigt werden können. Mit der gesetzlichen Regelung soll nämlich lediglich eine Kosten- und Zeitersparnis in den Fällen erzielt werden, in denen ein Transport und eine Bewachung des inhaftierten Beschuldigten nötig wäre, wenn ihm eine Anwesenheitsgelegenheit bei der Beweisaufnahme eingeräumt werden würde. Denn es soll nicht schlechthin jedem verhafteten Beschul-

1) Wohl aber im Hauptverfahren nach § 247 I 3 StPO für den parallel liegenden Fall.

2) Und damit auch bei einzelnen richterlichen Untersuchungshandlungen i. S. v. §§ 162 ff StPO (§ 169 i. V. m. § 193 IV StPO).

3) § 193 IV bzw. 224 II und § 225 i. V. m. § 224 II StPO.

Diese Regelung wird allgemein nicht beanstandet. Auf die sich mit Art. 103 I GG ergebende Problematik wird allerdings auch nicht eingegangen (vgl. BGHSt 1, 269/271).

digten die Anwesenheit bei beweissichernden Ermittlungen verwehrt werden, sondern nur demjenigen, dessen Anwesenheit dem Staat Kosten und Zeitverlust bereiten würde¹⁾. Dieses fiskalische Interesse des Staates muß hinter dem verfassungsrechtlich normierten Anspruch des Beschuldigten auf eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung zurücktreten. Der von der gesetzlichen Regelung beabsichtigte Zweck liegt nämlich außerhalb des im Rahmen des Art. 103 I GG zu berücksichtigenden Verfahrenszwecks. Er dient nicht dem Ziel, ein beweissicherndes Ermittlungsverfahren gegen inhaftierte Beschuldigte überhaupt sinnvoll durchführen zu können, sondern einem außerhalb des Verfahrens liegenden Interesse des Staates. Da mithin ein die gesetzliche Regelung rechtfertigender Verfahrenszweck fehlt, ist einem inhaftierten Beschuldigten die gleiche Einflußnahmebefugnis auf die Beweisaufnahme zu eröffnen wie einem auf freiem Fuß Befindlichen. Im anderen Fall würde man einem Inhaftierten eine schlechtere Rechtsposition als einem anderen Menschen einräumen²⁾ und ihn ohne verfahrenstechnisch notwendigen Grund zum Objekt des Verfahrens degradieren. Er könnte, wenn man ihm nicht eine Gelegenheit zur Anwesenheit bei der beweissichernden Ermittlung bietet, auf das für ihn möglicherweise belastende Beweisverfahren keinen ausreichenden Einfluß nehmen³⁾. Daraus folgt, daß die nach der gesetzlichen Regelung zulässige Beschränkung der Subjektstellung gewisser inhaftierter Beschuldigter (Angeklagter) in beweissichernden Ermittlungsverfahren im Hinblick auf Art. 103

-
- 1) Die entstehenden Kosten könnten übrigens von dem Inhaftierten ersetzt verlangt werden. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß dieser Anspruch realisiert werden kann.
 - 2) Daß auch ein Strafgefangener, der schuldhaft seine Bewegungsfreiheit eingeübt hat, vollen Anspruch auf rechtliches Gehör hat, stellt BVerwG, DÖV 61, 799 zutreffend fest.
 - 3) Dem Angeklagten zur Wahrnehmung seiner Interessen einen Verteidiger zu bestellen (so Jagusch, NJW 59, 265) oder ihn auf eine schriftliche Stellungnahme zu verweisen (so BSG, NJW 60, 980) stellt für den Inhaftierten keine ausreichende Gewährung einer Einflußnahmemöglichkeit auf die Beweisaufnahme dar. Denn gerade zu einem wirksamen Einfluß auf Beweismittel ist die persönliche Kenntnis des Sachverhalts, über den Beweis erhoben werden soll, von entscheidender Bedeutung. Eine volle Interessenwahrnehmung ist deshalb weder durch einen instruierten Verteidiger (hieran scheint Schwarz-Kleinknecht, § 224 Nr. 4 zu denken, wenn er die Terminsbenachrichtigung auch für den verhafteten Angeklagten fordert) noch schriftlich möglich. Nur in den Fällen, in denen eine persönliche Einflußnahme durch den Beschuldigten nicht möglich ist (weil er etwa zurechnungsunfähig ist), ist die Verteidigerbestellung das sachdienliche Mittel für die Einräumung einer Einflußnahmemöglichkeit.

I GG verfassungswidrig ist ¹⁾.

De lege lata dürfen daher diese Vorschriften nicht angewandt werden. Es müßte vielmehr jedem Inhaftierten, gleichgültig an welchem Ort er in Haft ist, die Gelegenheit eingeräumt werden, an beweissichernden Ermittlungsverfahren teilnehmen zu können. Diese Befugnis kann der entscheidende Richter im Weg verfassungskonformer Auslegung der §§ 193 IV und 224 II StPO wegen Eindeutigkeit der gesetzlichen Regelung nicht einräumen. Er muß vielmehr nach Art. 100 GG vorgehen.

De lege ferenda sind die §§ 193 IV und 224 II StPO ersatzlos zu streichen. Einer besonderen Regelung, daß auch Inhaftierte bei der Durchführung beweissichernder Verfahren anwesend sein dürfen, gleichgültig ob sie am Ort des Beweisterrains inhaftiert sind oder nicht, bedarf es nicht, da sich die Anwesenheitsberechtigung jedes Beschuldigten bzw. Angeklagten aus den generell geltenden gesetzlichen Regelungen ergibt ²⁾.

V. KLAGEERZWINGUNGSVERFAHREN

Die gesetzliche Regelung des Klageerzwingungsverfahrens ³⁾ entspricht teilweise nicht den Anforderungen, die Art. 103 I GG an ein geordnetes Gerichtsverfahren stellt.

1. Entscheidung mit beeinträchtigender Wirkung

Zunächst fragt sich, ob im Klageerzwingungsverfahren rechtliches Gehör zu gewähren ist. Es ist daher zu untersuchen, ob die im Klageerzwingungsverfahren denkbaren Entscheidungen eine anhaltende nachteilige Wirkung auf die Rechtsposition der Verfahrensbeteiligten ausüben können ⁴⁾.

1) Bedenken gegen die Versagung eines Anwesenheitsrechts für den verhafteten Angeklagten meldet auch Jagusch, NJW 59, 265 an.

Für das Wiederaufnahmeverfahren sieht der Rechtsausschuß in § 369 III 3 ein Anwesenheitsrecht im Termin auch für einen auswärts Inhaftierten vor, wenn dies sachdienlich ist.

2) Nämlich nach §§ 193 I und II bzw. 224 I 1 StPO.

3) §§ 172 II ff StPO.

4) Wenn H. Mayer in JZ 55, 601 (604) meint, § 172 II 3 StPO verstoße gegen Art. 103 I GG, so übersieht er, daß die negativen Zulässigkeitsvoraussetzungen den Anspruch auf rechtliches Gehör gar nicht berühren können, da sie Umstände außerhalb des Verfahrens betreffen und deshalb die Subjektstellung des Betroffenen im Verfahren unangetastet lassen (im Ergebnis ebenso KMR § 176 Nr. 6).

Wird der Antrag des Verletzten ¹⁾ auf Erhebung der Klage verworfen ²⁾, so hat das zur Folge, daß eine öffentliche Klage aufgrund des bisher bekannten Sachverhalts nicht mehr erhoben werden kann. Eine Strafverfolgung entfällt ³⁾. Über das vom Gesetz dem Verletzten zugestandene, rechtlich beachtliche Vergeltungsinteresse wird ablehnend entschieden. Es wird ihm damit die Möglichkeit genommen, Genugtuung für erlittenes Unrecht zu erlangen, und damit unmittelbar in seine prozessuale und mittelbar auch in seine materielle Rechtslage nachteilig und dauerhaft eingegriffen. Außerdem kann dem Verletzten im Fall der Verwerfung seines Antrags die Gelegenheit genommen werden, diskriminierende Verdächtigungen, die gegen ihn erhoben wurden, durch eine gerichtliche Klärung der Sachlage von sich weisen zu lassen. Es ist daher notwendig, dem Verletzten rechtliches Gehör in umfassender Weise einzuräumen, damit er seine ihm vom Gesetz eingeräumte Befugnis, Genugtuung für erlittenes Unrecht zu erlangen, erfolgversprechend ausüben kann ⁴⁾.

Wird der Antrag des Verletzten vom Gericht für begründet gehalten und beschließt das Gericht deshalb die Erhebung der öffentlichen Klage ⁵⁾, so fragt es sich, ob dadurch der Beschuldigte und die Staatsanwaltschaft in ihrer Rechtslage nachteilig und dauerhaft beeinträchtigt werden.

Da durch die gerichtliche Erhebung der öffentlichen Klage ebensowenig wie durch die Erhebung der Anklage durch die Staatsanwaltschaft für den Beschuldigten ein endgültiger Rechtszustand, der seine Schuld oder Unschuld feststellt, geschaffen wird, sondern lediglich der Verdacht einer strafbaren Handlung, über dessen Berechtigung erst in der Hauptverhandlung entschieden wird, ausgesprochen wird, erleidet der Beschuldigte durch den Beschluß, die öffentliche Klage zu erheben keinen nachteiligen Rechtsverlust. Er muß deshalb die Erhebung der Klage ebenso hinnehmen wie die Eröffnung des Hauptverfahrens, ohne darauf Einfluß nehmen zu können ⁶⁾.

1) Verletzter ist jeder, dessen berechnete Interessen durch die behaupteten Handlungen beeinträchtigt worden sind (s. OLG Celle, NJW 62, 693).

2) § 174 I StPO.

3) Sogen. beschränkte Rechtskraft nach § 174 II StPO.

4) Gleichzeitig dient das Klageerzwingungsverfahren der Wahrung des Legalitätsprinzips (OLG Celle NJW 62, 693).

5) § 175 StPO.

6) Im einzelnen wird auf die Ausführungen hinsichtlich der Gewährung rechtlichen Gehörs im Verfahren auf Eröffnung des Hauptverfahrens verwiesen. Sie gelten hier entsprechend und zwar erst recht, da die Anklageerhebung noch weniger einschneidend ist als der Eröffnungsbeschluß. Sie liegt nämlich vor dem als Sicherungselement eingebauten Eröffnungsbeschluß. Dem entspricht die Kann-

Die prozessuale Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft wird durch den Beschluß, die öffentliche Klage zu erheben, ebenfalls nicht verschlechtert. Weder ihre Aufgabe, Anklage zu erheben ¹⁾, noch ihre Funktion in der Hauptverhandlung wird nämlich davon berührt. Außerdem wird im Fall der Erhebung der öffentlichen Anklage der Staatsanwaltschaft nicht der Vorwurf eines pflichtwidrigen Verhaltens gemacht ²⁾. Rechtliches Gehör ist ihr daher nicht zu gewähren ³⁾.

2. Einflußnahmemöglichkeit des Antragstellers

Es bleibt zu prüfen, ob dem Verletzten nach der gesetzlichen Regelung des Klageerzwingungsverfahrens rechtliches Gehör in ausreichendem Umfang gewährt wird.

Grundsätzlich hat der Verletzte eine ausreichende Informations- und Äußerungsmöglichkeit, um seine Vergeltungsinteressen wirksam ausüben zu können. Er erhält nämlich von der Staatsanwaltschaft im Fall der Ablehnung seines Antrags auf Erhebung der öffentlichen Klage einen mit Gründen versehenen Ablehnungs-⁴⁾ bzw. Beschwerdebescheid ⁵⁾. Dadurch erfährt er, warum seinem Gesuch nicht stattgegeben wurde. Diese Kenntnis der Ablehnungsgründe setzt ihn in die Lage, eine gerichtliche Entscheidung über die Erhebung der öffentlichen Klage zu beantragen und die dafürsprechenden Tatsachen und Beweismittel vorzutragen ⁶⁾. Insoweit ist daher dem Gebot des Art. 103 I GG voll Genüge getan ⁷⁾.

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 158:

vorschrift des § 173 II StPO, die in erster Linie den Zweck verfolgt, den Beschuldigten als Auskunftsperson dem Gericht bereitzuhalten. (Im Ergebnis ebenso Löwe, S. 407 ff).

A.A. Schwarz-Kleinknecht, § 173 Nr. 2 und wohl auch der Rechtsausschuß, der in § 175 S. 1 die Anhörung des Beschuldigten vor Erhebung der Klage fordert.

1) Sie hat nach § 175 S. 2 StPO den Beschluß durchzuführen, also eine Anklageschrift einzureichen.

2) Eb. Schmidt I § 172 Rdn. 14.

3) Ihre Anhörung nach § 33 StPO entspringt ihrer besonderen Stellung im Strafverfahren (Eb. Schmidt I § 173 Rdn. 2).

4) § 171 S. 1 StPO.

5) § 172 II 1 StPO.

6) § 172 III 1 StPO.

Gleichzeitig besitzt der Verletzte die Möglichkeit, sich gegen eine mögliche Kostenlast (§ 177 StPO) zur Wehr zu setzen.

7) Dies gilt auch hinsichtlich des Beschlusses über die vom Verletzten zu erbringende Sicherheitsleistung nach § 176 StPO. Obwohl nämlich dadurch dem Verletzten u.U. ein erheblicher Nachteil zugefügt werden kann, besitzt der Beschluß doch nur vorläufigen Charakter, so daß von einer Gewährung rechtlichen Gehörs insoweit abgesehen werden kann.

Keine ausreichende Informations- und Äußerungsgelegenheit steht jedoch dem Verletzten zu, wenn das Gericht zur Vorbereitung seiner Entscheidung Ermittlungen anordnet ¹⁾ und aufgrund des Ergebnisses dieser Ermittlungen das Gesuch auf Erhebung der öffentlichen Klage verwirft. In diesem Fall erfährt nämlich der Verletzte nach der gesetzlichen Regelung ²⁾ von der Vornahme derartiger Ermittlungen nichts. Es wird ihm auch keine Gelegenheit eröffnet, bei der Einholung der Ermittlungen einflußnahmebefugt mitwirken zu können. Es wird vielmehr über seinen Antrag entschieden, ohne daß ihm die für eine Einflußnahme geeigneten prozessualen Mittel bereitgestellt werden. Deshalb kann der Verletzte seine Interessen im Klageerzwingungsverfahren dann nicht sachgerecht wahrnehmen, wenn es das Gericht für notwendig erachtet, über die bisher von der Staatsanwaltschaft und dem Verletzten eingeführten Ermittlungen hinaus, neue Erhebungen anzuordnen und durchzuführen. Da der Verletzte in diesem Fall keine Gelegenheit zur Information und Äußerung über das Ermittlungsergebnis erhält, wird über seinen Antrag und damit über die Berechtigung seines Vergeltungsinteresses entschieden, ohne daß ihm vom Gesetz eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt wird. Diese mangelhafte gesetzliche Regelung widerspricht dem objektiven Prozeßgrundsatz des Art. 103 I GG.

3. Gewährung rechtlichen Gehörs

Es fragt sich, wie die gesetzliche Regelung ergänzt werden muß, damit das Klageerzwingungsverfahren dem Gebot des Art. 103 I GG gerecht wird.

Zu prüfen ist, ob dem Gebot des Art. 103 I GG Genüge dadurch getan werden kann, daß dem Verletzten die Möglichkeit gegeben wird, nach Mitteilung des Ermittlungsergebnisses dazu Stellung zu nehmen. In diesem Fall wird dem Verletzten zwar eine Einflußnahmemöglichkeit eingeräumt. Es fragt sich jedoch, ob diese auch ausreichend ist und ob sie nicht eine unverhältnismäßige Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör darstellt. Bei einem derartigen Vorgehen erhält der Verletzte nämlich keine Möglichkeit, auf das Zustandekommen des Ermittlungsergebnisses direkt Einfluß zu nehmen. So kann er z. B. auf Zeugen nicht mit Hilfe eines Fragerechts einwirken. Er ist vielmehr auf die ohne sein Mitwir-

1) § 173 StPO. Da die Anordnung selbst noch keinen Nachteil für den Verletzten mit sich bringen kann, muß der Verletzte zur Anordnung selbst nicht gehört werden.

2) Über § 33 StPO kann der Verletzte nicht gehört werden, da die Entscheidungen im Klageerzwingungsverfahren außerhalb der Hauptverhandlung ergehen. Nach der im Regierungsentwurf und im Fraktionsantrag vorgesehenen Fassung des § 33 III ist dagegen der Verletzte zu dem Ermittlungsergebnis zu hören, bevor die Entscheidung ergeht.

ken zustande gekommenen Ermittlungen angewiesen und kann lediglich nachträglich versuchen, auf die Wertung der Ermittlungen einen Einfluß auszuüben. Das Recht, eine Stellungnahme zu den Ermittlungen schriftlich abzugeben, stellt daher eine Beschränkung der Einflußnahmemöglichkeit dar. Trotzdem steht ein derartiges Vorgehen im Einklang mit dem Gebot des Art. 103 I GG. Es sprechen nämlich erhebliche Sachdienlichkeitsgesichtspunkte dafür, dem Verletzten die Einflußnahmemöglichkeit erst nach erfolgter Durchführung der Ermittlungen zu eröffnen. Denn die Entscheidung über die Erhebung der öffentlichen Klage ergeht durch Beschluß. Das bedeutet, daß das Klageerzwingungsverfahren nichtöffentlich und schriftlich vor sich geht. Die Sachdienlichkeit des Mittels bei der Gewährung einer Einflußnahmemöglichkeit gebietet daher, dem Verletzten rechtliches Gehör in entsprechender Weise zu gewähren. Andernfalls würde in systemwidriger Weise in ein Verfahrensgefüge eingegriffen. Wenn daher dem Verletzten rechtliches Gehör dadurch gewährt wird, daß ihm lediglich die Möglichkeit gegeben wird, zum Ergebnis der Ermittlungen schriftlich Stellung zu nehmen¹⁾, so stellt dies keinen Verstoß gegen Art. 103 I GG dar. Die von der Sachdienlichkeit gebotene Einschränkung der Einflußnahmemöglichkeiten ist auch nicht unverhältnismäßig, da die Gefahr einer Vernachlässigung der Interessen des Verletzten gegenüber der herbeigeführten Verfahrenshomogenität nicht ins Gewicht fällt.

Die im Hinblick auf Art. 103 I GG mangelhafte gesetzliche Regelung des Klageerzwingungsverfahrens ist de lege lata im Weg einer verfassungskonformen Lückenerfüllung mittels einer direkten Anwendung des objektiven Prozeßgrundsatzes des Art. 103 I GG zu beheben. Das bedeutet, daß dem Verletzten nach Durchführung der Ermittlungen das Ermittlungsergebnis mitgeteilt und die Möglichkeit eingeräumt werden muß, dazu innerhalb einer angemessenen Frist schriftlich Stellung zu nehmen. Nur so kann dem Verletzten im Klageerzwingungsverfahren eine den Anforderungen des Art. 103 I GG genügende Subjektstellung eingeräumt werden.

De lege ferenda wird vorgeschlagen, folgenden Satz 2 zu Absatz 3 von § 173 aufzunehmen:

"Das Ermittlungsergebnis ist dem Verletzten zur schriftlichen Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist mitzuteilen."

1) Im Ergebnis ebenso Schwarz-Kleinknecht, § 173 Nr. 3.

Nach der vorgesehenen Fassung des § 33 III (Regierungsentwurf und Fraktionsantrag) ist der Verletzte ebenfalls in der oben geschilderten Weise zu hören, bevor die Entscheidung ergeht.

VI. ANORDNUNG VON MASSNAHMEN GEGEN UNZURECHNUNGSFÄHIGE

Eine besondere Gruppe von Gerichtsentscheidungen befaßt sich mit der Anordnung von Maßnahmen gegen Unzurechnungsfähige. Es handelt sich im Rahmen der Voruntersuchung um die Unterbringung eines Beschuldigten zum Zweck der Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Geisteszustand ¹⁾ und um die richterliche Überprüfung der einstweiligen Unterbringung eines Zurechnungsunfähigen ²⁾ in einer Heil- oder Pflegeanstalt. Außerdem kann im Wege des sogen. Sicherungsverfahrens ³⁾ angeordnet werden, daß ein unzurechnungsfähiger Täter in einer Heil- oder Pflegeanstalt untergebracht wird. Allen drei Anordnungen ist gemeinsam, daß der von ihnen Betroffene wegen seines Geisteszustands nicht in der Lage ist, in Person einen sachgerechten Einfluß auf die ihn nachhaltig beeinträchtigenden Anordnungen - selbst wenn ihm dazu prozessuale Mittel bereitgestellt würden - auszuüben. Es fragt sich daher, wie in diesen Fällen das Gebot des Art. 103 I GG erfüllt werden kann.

1. Einflußnahmebefugnis für Unzurechnungsfähige

Festzustellen ist zunächst, daß auch ein Geisteskranker einen Anspruch auf rechtliches Gehör hat, falls durch eine gerichtliche Entscheidung in seine Rechtsstellung nachhaltig und beeinträchtigend eingegriffen werden kann. Denn das Vorliegen der Geisteskrankheit berechtigt nicht dazu, einem Beschuldigten oder Angeklagten die Subjektstellung im Prozeß abzuspochen und ihn zum Objekt des Verfahrens zu degradieren. Sonst würde nämlich das Menschsein des Betroffenen unzulässigerweise geleugnet ⁴⁾ und der Anspruch auf rechtliches Gehör an die rechtliche Verpflichtungsfähigkeit, anstatt an die Fähigkeit, Träger von Interessen sein zu können, geknüpft ⁵⁾.

Es muß jedoch auch betont werden, daß es der krankhafte Zustand des Betroffenen ausschließt, diesem zuzumuten, die ihm zu gewährende Subjektstellung in Person

1) § 81 StPO.

2) § 126 a II 1 StPO. Ist der Beschuldigte nur im Zeitpunkt der Tat unzurechnungsfähig gewesen, bei der Verhaftung aber zurechnungsfähig, so ist er einem in Untersuchungshaft Befindlichen gleichzustellen.

3) §§ 429 a ff StPO i. V. m. § 42 b StGB.

4) So jetzt BGHZ, NJW 61, 1397 für den Fall der Anordnung einer Pflegschaft nach § 1910 II BGB über einen geisteskranken Volljährigen unter ausdrücklicher Berufung auf Art. 1 I und Art. 103 I GG (ebenso Röh1, NJW 58, 1268 Anm. 5 für das Unterbringungsverfahren). Die in BGHZ 15, 262 ff vertretene, 'formal mit mangelnder Geschäfts- und Prozeßfähigkeit begründete gegenteilige Auffassung, wurde aufgegeben.

5) Vgl. Schultze-Rhonhof, S. 84.

selbst ausüben zu müssen. Als Unzurechnungsfähiger ist er nämlich nicht in der Lage, die Sachzusammenhänge zu erkennen und deshalb unfähig, einen sachgerechten Einfluß auf das Verfahren selbst nehmen zu können. Es geht deshalb nicht an, eine vom Unzurechnungsfähigen selbst wahrzunehmende Einflußnahmebefugnis als ausreichende Konkretisierung des Art. 103 I GG zu betrachten und dies damit zu begründen, daß in Ausnahmefällen auch ein Unzurechnungsfähiger prozeßfähig sein könnte ¹⁾. Die Annahme, ein derartiges Abwehrrecht wäre im Hinblick auf Art. 103 I GG ausreichend, hieße nämlich den Anspruch auf rechtliches Gehör zur inhaltlosen Form zu erniedrigen und die Notwendigkeit einer wirksamen Einflußnahmemöglichkeit zu leugnen ²⁾. Denn Art. 103 I GG fordert nicht nur die bloße Einräumung eines formalen Anspruchs auf rechtliches Gehör, sondern auch die Möglichkeit, einen effektiven Einfluß auszuüben.

Die Konsequenz dieser Überlegung ist, daß einem Unzurechnungsfähigen rechtliches Gehör über eine Person seines Vertrauens gewährt werden muß. Nur ein gesetzlicher Vertreter, ein bestellter Pfleger oder ein Verteidiger sind aufgrund ihrer persönlichen Kenntnis von den Belangen des Geisteskranken in der Lage, die Interessen des Unzurechnungsfähigen wirksam wahrzunehmen ³⁾. Das Gericht muß deshalb in Fällen, in denen der Unzurechnungsfähige noch keinen Beistand hat, von Amts wegen einen bestellen, um dem Betroffenen dadurch die Möglichkeit zu geben, über seinen Verteidiger Einfluß auf die gerichtliche Entscheidung zu nehmen ⁴⁾. Die Bestellung eines Verteidigers ist das verhältnismäßige und zugleich

1) So aber BGHZ, NJW 61, 1397; Dürig, Rdn. 91; ähnlich BVerfGE 10, 302 (306) hinsichtlich der Entscheidung über die gegen Geisteskranke zu treffenden Maßnahmen. Hamann, AnwBl 58, 141 ff fordert eine modale Beschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, sagt aber nicht, welcher Art diese sein soll.

2) Eine Anhörung des Unzurechnungsfähigen (etwa nach § 429 c Abs. 2 StPO) kann allenfalls der Sachverhaltsermittlung durch das Gericht dienen, aber nicht Art. 103 I GG gerecht werden.

A. A. offenbar Schultze-Rhonhof, S. 82 ohne nähere Begründung.

3) Für den Fall, daß der Unzurechnungsfähige einen Vertreter bereits hat, wird dies anerkannt (vgl. BGHZ, NJW 61, 1397; Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 91).

4) Angedeutet wird dieser Gedanke von BGHZ, NJW 61, 1397 (Bestellung eines Pflegers), jedoch ausdrücklich unentschieden gelassen.

Die Tatsache, daß der Verteidiger nicht Vertreter des Beschuldigten im eigentlichen Sinn ist (Eb. Schmidt II Vorbem. § 137 Rdn. 14 ff), ändert nichts an dem hier maßgeblichen Umstand, daß er als Beistand zugunsten des Beschuldigten tätig zu werden (Eb. Schmidt II Vorbem. § 137 Rdn. 17 und 18) und die ihm zustehende Einflußnahmemöglichkeit auszuüben hat.

sachdienliche Mittel, das zur Einräumung einer wirksamen einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung für einen Unzurechnungsfähigen führt, falls darüberhinaus das Verfahren weitere prozessuale Mittel bereit hält, die dem bestellten Verteidiger eine Einflußnahmemöglichkeit zugunsten des Unzurechnungsfähigen eröffnen ¹⁾).

Der Verhältnismäßigkeit des Mittels entspricht die vorgeschlagene Modifikation bei der Gewährung rechtlichen Gehörs, weil die Wahrnehmung der Einflußnahmemöglichkeit durch eine Vertrauensperson des Betroffenen das nächstgünstige Mittel darstellt, wenn eine Ausübung des Anspruchs in Person nicht möglich ist. Es würde gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels verstoßen, wenn dem Unzurechnungsfähigen zugemutet würde, seinen Anspruch auf rechtliches Gehör selbst in Person ausüben zu müssen. Sachdienlich ist die vorgeschlagene Einflußnahmemöglichkeit, weil der Betroffene infolge seines Zustandes nicht in der Lage ist, sich in Person wirksam zur Wehr setzen zu können und weil Personen seines Vertrauens am ehesten über seine Belange informiert sind ²⁾).

2. Verwirklichung der Einflußnahmebefugnis

Es ist zu prüfen, ob im Rahmen der Unterbringung bzw. der Nachprüfung der einstweiligen Unterbringung und im Sicherungsverfahren dem Unzurechnungsfähigen rechtliches Gehör eingeräumt wird, indem ihm genügend prozessuale Mittel zur Einflußnahme bereitgestellt werden und dafür gesorgt wird, daß diese Einflußnahmemöglichkeiten durch einen bestellten Verteidiger wirksam ausgeübt werden können.

1) Ebenso Dahs, NJW 62, 2238 ff, wenn auch in anderem Zusammenhang: "Art. 103 I GG gewährleistet nicht nur die bloße Gelegenheit zur Äußerung, sondern die Gelegenheit zur sachgemäßen und ausreichenden Stellungnahme. Ist der Gehörberechtigte dazu nicht in der Lage, so muß er sich insoweit durch einen Verteidiger vertreten lassen können."

2) Daß es an dieser Voraussetzung besonders dann fehlen kann, wenn ein Verteidiger erst kurz vor der zu treffenden Entscheidung bestellt wird, das gegenseitige Kennenlernen also gerade erst beginnt und von einem echten Vertrauen noch nicht die Rede sein kann, wird von BGHZ, NJW 61, 1397, ausführlich erörtert. Bei Beachtung von Art. 103 I GG kann diesem Übel nur dadurch abgeholfen werden, daß der Verteidigerbestellung nicht unmittelbar die Verhandlung folgen darf, sondern daß ein angemessener Zeitraum zwischen Bestellung und gerichtlicher Verhandlung liegen muß. Das Gericht hat daher bei Beachtung des Gebots des Art. 103 I GG nicht nur dem Unzurechnungsfähigen einen Vertreter zu bestellen, sondern diese Bestellung unter Beachtung des Einzelfalls auch so rechtzeitig vorzunehmen, bzw. eine angemessene Frist bis zur Verhandlung verstreichen zu lassen, daß die zeitliche Möglichkeit zur Schaffung einer Vertrauensbasis zwischen Verteidiger und Vertretenem gegeben ist.

a) Unterbringung i. S. v. § 81 StPO und Sicherungsverfahren

Im Verfahren auf Unterbringung des Beschuldigten in einer Heil- oder Pflegeanstalt zum Zweck der Vorbereitung eines Gutachtens über den Geisteszustand und im Sicherungsverfahren werden die vorgetragenen Forderungen erfüllt.

Da beide Anordnungen nachhaltig in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreifen, und der Verfahrenszweck eine überraschende Anordnung ohne Gewährung einer vorherigen Einflußnahmemöglichkeit nicht verlangt, muß den Betroffenen rechtliches Gehör durch Einräumung einer einflußnahmeberechtigenden Subjektstellung gewährt werden. Dies geschieht dadurch, daß in beiden Fällen dem Unzurechnungsfähigen, wenn er nicht schon einen Wahlverteidiger besitzt, von Amts wegen ein Verteidiger als Beistand bestellt wird ¹⁾. Außerdem ist vor Anordnung der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt zur Vorbereitung eines Gutachtens über den Geisteszustand der Verteidiger des Betroffenen zu hören ²⁾, so daß der Unzurechnungsfähige über seinen Verteidiger auf den Ausgang der Entscheidung Einfluß nehmen kann. Daß der Verteidiger vom Gericht über die Gründe der vorgesehenen Maßnahmen zu informieren ist, ergibt sich aus der Tatsache, daß eine Anhörung nur sinnvoll ist, wenn vorher bekannt ist, wozu Stellung genommen werden kann. Im Sicherungsverfahren ergibt sich die Informations- ³⁾ und Äußerungsgelegenheit des Unzurechnungsfähigen aus der Tatsache, daß alle Rechte, die im normalen Strafverfahren ein Zurechnungsfähiger in Person selbst ausüben kann, im Sicherungsverfahren vom Verteidiger für den Unzurechnungsfähigen wahrgenommen werden können ⁴⁾. Es wird damit bewirkt, daß einem Unzurechnungsfähigen in den beiden Verfahrensarten ausreichendes rechtliches Gehör gewährt wird ⁵⁾.

1) § 81 II und § 140 I Nr. 6 bzw. § 140 I Nr. 3 StPO.

2) § 81 I 1 StPO.

3) Ausdrücklich - aber im Hinblick auf § 429 b I StPO nur deklaratorisch - ist in § 429 b II StPO geregelt, daß an die Stelle der Anklageschrift eine entsprechende Antragsschrift tritt.

4) Bei Beachtung des Art. 103 I GG können die Vorschriften des Strafverfahrens im Sicherungsverfahren "sinngemäß" i. S. v. § 429 b I StPO nur in der angeführten Weise gelten.

5) Wenn nach § 429 c I und III StPO das Sicherungsverfahren in Abwesenheit des Beschuldigten durchgeführt werden kann, wird Art. 103 I GG nicht verletzt. Ein Unzurechnungsfähiger ist nämlich - wie erörtert - auch bei Anwesenheit nicht in der Lage, seine Interessen wahrzunehmen, sondern kann allenfalls die Wahrheitsermittlung durch das Gericht erleichtern. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist daher für den Unzurechnungsfähigen immer von dessen anwesendem Verteidiger wahrzunehmen. Dies gilt auch für die richterliche Vernehmung nach § 429 c II StPO, von der der Verteidiger benachrichtigt werden muß und bei der er anwesend sein und damit Einfluß nehmen kann.

b) Aufrechterhaltung der einstweiligen Unterbringung

Unzureichend im Hinblick auf die Gewährung rechtlichen Gehörs ist die gesetzliche Regelung in dem Verfahren über die Aufrechterhaltung der einstweiligen Unterbringung eines Unzurechnungsfähigen. Es werden dem Unzurechnungsfähigen zwar die gleichen ausreichenden prozessualen Mittel für eine Einflußnahme auf das Verfahren zur Verfügung gestellt wie einem in Untersuchungshaft befindlichen Zurechnungsfähigen ¹⁾. Es fehlt jedoch eine Vorschrift, nach der das Gericht verpflichtet ist, dem Unzurechnungsfähigen von Amts wegen einen Verteidiger als Beistand zu bestellen, damit dieser für ihn die bereitgestellten prozessualen Einflußnahmemöglichkeiten auch sinnvoll ausüben kann. Denn die Bestellung eines Verteidigers ist vor Anordnung der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt nach § 140 I Nr. 3 bzw. Nr. 6 StPO nur dann erforderlich, wenn die Unterbringung im Sicherungsverfahren bzw. zur Vorbereitung eines Gutachtens über den Geisteszustand angeordnet wird ²⁾.

Im Hinblick auf Art. 103 I GG geht es nicht an, gegen einen Unzurechnungsfähigen eine nachhaltige und damit beeinträchtigende Unterbringung anzuordnen, ohne ihm die Möglichkeit zu geben, sich über einen Verteidiger dagegen zur Wehr zu setzen ³⁾. Es ist vielmehr einem Unzurechnungsfähigen, wenn er nicht schon einen gesetzlichen Vertreter besitzt, von Amts wegen ein Verteidiger zu bestellen, der für ihn alle bereitgestellten prozessualen Einflußnahmemöglichkeiten wahrnehmen kann, um den Betroffenen vor einer fortdauernden Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt zu bewahren. Nicht einzusehen ist nämlich, warum die allenfalls sechs Wochen ⁴⁾ dauernde Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt zur Vorbereitung eines Gutachtens über den Geisteszustand eines Beschul-

1) § 126 a II StPO.

2) Eb. Schmidt II § 140 Rdn. 19; KMR, § 140 Nr. 7.

3) Wenn KMR, § 126 a Nr. 5 meint, daß die Anordnung der einstweiligen Unterbringung trotz § 140 I Nr. 3 StPO nicht zur Voraussetzung habe, daß vorher ein Verteidiger bestellt werde, so ist dies im Hinblick auf § 126 a II StPO richtig, da dort nur auf eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Untersuchungshaft hingewiesen wird und die Anordnung und der Vollzug der Untersuchungshaft nicht von einer vorherigen Verteidigerbestellung abhängig ist. Diese Ansicht übersieht jedoch, daß Art. 103 I GG als objektiver Prozeßgrundsatz unmittelbar zur Lückenfüllung von Verfahrensregelungen heranzuziehen ist und u. a. auch fordert, dem Betroffenen bei der Prüfung der Aufrechterhaltung der einstweiligen Unterbringung einen Verteidiger von Amts wegen zu bestellen.

4) § 81 IV StPO.

digten nur nach Anhörung eines gewählten oder bestellten Verteidigers erfolgen darf, während die u. U. viel länger dauernde einstweilige Unterbringung eines Unzurechnungsfähigen ohne Mitwirkung eines Verteidigers vorgenommen werden können soll. Offenbar hat der Gesetzgeber diesen Gesichtspunkt übersehen und damit unbewußt eine ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke geschaffen.

De lege lata kann die aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und Sachdienlichkeit des Mittels erforderliche Verteidigerbestellung nur aufgrund unmittelbarer Anwendung des Art. 103 I GG im Wege verfassungskonformer Lückenausfüllung erfolgen. Die notwendige Verteidigung nach § 140 I Nr. 3 StPO bezieht sich nämlich ihrem Zweck nach nur auf die Unterbringung, die an Stelle einer an sich verwirkten Strafe ausgesprochen wird. Auch eine analoge Anwendung auf das Verfahren der einstweiligen Unterbringung ist wegen der verschiedenen Voraussetzungen nicht möglich. Das gleiche gilt für § 140 I Nr. 6 StPO, da sich die Verteidigungsbestellung nach dem ausdrücklichen Wortlaut nur auf den Fall des § 81 StPO bezieht.

De lege ferenda erscheint es angebracht, die bestehende Gesetzeslücke dadurch zu schließen, daß als Nr. 8 in den Katalog der Fälle notwendiger Verteidigung bei § 140 I StPO folgende Regelung aufgenommen wird:

Die Mitwirkung eines Verteidigers ist notwendig, wenn

Nr. 8 "die gegen eine Unzurechnungsfähigen oder einen vermindert Zurechnungsfähigen angeordnete Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt nach § 126a II 1 StPO richterlich nachgeprüft wird."

VII. VORLEGUNGSVERFAHREN

Nach der geltenden gesetzlichen Regelung wird den Verfahrensbeteiligten im Vorlegungsverfahren vor dem Bundesgerichtshof ¹⁾ rechtliches Gehör in unzureichender Weise gewährt.

1. Beeinträchtigende Entscheidungen im Vorlegungsverfahren

Für die Frage, ob im Vorlegungsverfahren den Verfahrensbeteiligten eine Einflußnahmemöglichkeit eingeräumt werden muß, ist entscheidend, ob durch die ergehenden Gerichtsentscheidungen eine nachhaltige Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten herbeigeführt werden kann.

Im Vorlegungsverfahren wird der Bundesgerichtshof nicht als Instanzgericht tätig ²⁾.

1) Nach §§ 120 III, 121 II, 136 und 137 GVG.

2) BGHZ 13, 265 (270) spricht von einer Lage "die mit der Rechtshängigkeit bei einer höheren Instanz vergleichbar ist".

Er arbeitet vielmehr bei der Entscheidung eines Rechtsstreits mit, der ursprünglich nicht bei ihm rechtshängig geworden ist, um damit eine einheitliche Rechtsprechung der oberen Gerichte zu einer strittigen Rechtsfrage herbeizuführen ¹⁾. In diesem Zwischenverfahren kann der Bundesgerichtshof mit seiner Entscheidung in die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten ebenso nachhaltig und beeinträchtigend eingreifen, wie dies bei anderen Gerichtsentscheidungen im üblichen Instanzenzug der Fall ist. Er kann nämlich - wenn er die erforderlichen Vorlagevoraussetzungen als nicht gegeben ansieht - die Sache an das vorlegende Gericht zurückgeben und damit feststellen, daß das vorlegende Gericht nicht gehindert ist, diejenige Entscheidung, an deren Erlaß es sich irrigerweise gehindert sah, doch zu treffen, sowie über die vorgelegte Rechtsfrage befinden, oder aber eine Sachentscheidung selbst treffen ²⁾. Somit können sich die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs entweder mittelbar oder unmittelbar auf die Rechtslage des Betroffenen nachteilig auswirken ³⁾.

2. Gewährung einer Informations- und Äußerungsgelegenheit

Da von Art. 103 I GG gefordert wird, daß den Verfahrensbeteiligten eine Einflußnahmemöglichkeit auf nachteilige Gerichtsentscheidungen gewährt wird, folgt für das Vorlegungsverfahren, daß den Beteiligten eine prozessuale Möglichkeit eröffnet werden muß, mit deren Hilfe sie sich gegen die ergehende Entscheidung wirksam zur Wehr setzen können ⁴⁾. Diesem Gebot des Art. 103 I GG wird die im

1) Außerdem kann der Große Senat nach § 137 GVG angerufen werden, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden ist.

2) Dazu ist nach h. M. der BGH jedenfalls im Fall des § 121 II GVG befugt (vgl. Jagusch, NJW 62, 1645 ff und Eb. Schmidt III § 121 Rdn. 40 mit ausführlicher Darstellung des Streitstandes). In den Fällen der §§ 120 III, 136 und 137 GVG ist eine Sachentscheidung nicht zulässig (vgl. Löwe-Rosenberg II § 120 Nr. 7 b und § 138 I GVG). Ein gerichtointerner Vorgang liegt entgegen Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 87 nicht vor.

3) Die Entscheidung über die strittige Rechtsfrage ist für das vorlegende Gericht bindend. Das für eine Benachteiligung der Verfahrensbeteiligten Maßgebende wird also vom BGH festgelegt.

Die bindende Wirkung der Entscheidung folgt aus § 138 III GVG für die Fälle der §§ 136 und 137 GVG. Das gleiche gilt aber auch bei den Entscheidungen nach §§ 120 III und 121 II GVG, obwohl eine ausdrückliche Vorschrift hierzu fehlt (vgl. Jagusch, NJW 62, 1645 ff; Eb. Schmidt III § 121 Rdn. 22; KMR § 121 GVG Nr. 3 b dd).

4) Ebenso BGHZ 13, 265 (270). In diesem Fall traten allerdings neue Rechtstatsachen, die strittig waren, auf. Wie hier Hildegard Krüger, DÖV 62, 744.

Gerichtsverfassungsgesetz vorgesehene gesetzliche Regelung nicht gerecht.

Es ist davon auszugehen, daß den Verfahrensbeteiligten vor dem die Vorlegung beschließenden Gericht eine ausreichende Einflußnahmemöglichkeit eingeräumt worden ist und daß ihnen der ergangene Vorlegungsbeschluß ¹⁾ bekanntgemacht wurde. Auf diese Weise wird den Betroffenen eine ausreichende Informationsgelegenheit im Vorlegungsverfahren eröffnet. Es wird ihnen jedoch keine Möglichkeit geboten, auf die vom Bundesgerichtshof zu treffende Entscheidung ausreichenden Einfluß zu nehmen. Nach der gesetzlichen Regelung ist nämlich nur die Staatsanwaltschaft über den Generalbundesanwalt in dem schriftlich durchzuführenden Vorlegungsverfahren zu hören ²⁾, während dem Angeklagten eine derartige Äußerungsgelegenheit durch entsprechende prozessuale Mittel nicht eingeräumt wird ³⁾. Es kann auch nicht gesagt werden, daß "der Angeklagte bis zur Vorlegung Gelegenheit gehabt habe", zu der Rechtsfrage Stellung zu nehmen ⁴⁾. Einmal äußert sich nämlich die Prozeßbeteiligten vor dem vorlegenden Gericht nicht in dem Umfang zu einer umstrittenen Rechtsfrage, wie sie dies vor dem die Rechtsfrage entscheidenden Bundesgerichtshof im Vorlegungsverfahren tun und zum anderen können sie außerhalb des Vorlegungsverfahrens als solchem die ihnen zustehende Subjektstellung überhaupt nicht sinnvoll ausüben, geschweige denn zu Beweiserhebungen Gutachten usw., die vom Bundesgerichtshof eingeholt werden, Stellung nehmen ⁵⁾. Der Angeklagte erhält demnach nach der geltenden gesetzlichen Regelung im Vorlegungsverfahren keine ausreichende einflußnahmeberechtigende Subjektstellung, die ihm erlaubt, auf die seine Rechtsstellung nachhaltig beeinträchtigenden Entscheidungen wirksam Einfluß zu nehmen ⁶⁾. Es liegt vielmehr eine Gesetzes-

1) Er ist als Beschluß mit Übertragungswirkung und damit als Entscheidung i. S. v. § 35 StPO anzusehen (vgl. Jagusch, NJW 62, 1645 ff.).

2) § 138 I und II GVG. Diese Vorschrift gilt auch in den Verfahren der §§ 120 III und 121 II GVG (vgl. Jagusch, NJW 62, 1645 ff.). Daß der Generalbundesanwalt auf seinen Antrag hin auch mündlich gehört werden kann, folgt aus § 138 II 2 GVG.

3) Die Regelung des § 138 IV GVG bezieht sich nicht auf das Vorlegungsverfahren, sondern auf das Verfahren vor dem vorlegenden und später erkennenden Senat.

4) Wie Eb. Schmidt III § 138 Rdn. 5 argumentiert; desgl. Jagusch, NJW 59, 265.

5) Im Ergebnis ebenso Löwe-Rosenberg II § 138 Nr. 2 c: "Die Möglichkeit zu Ausführungen vor dem erkennenden Senat macht im Hinblick auf die bindende Wirkung der Entscheidung des Großen Senats eine solche Anhörung durch den Großen Senat nicht entbehrlich".

Wie hier H. W. Müller, NJW 57, 1016 ff.

6) Auch die Geschäftsordnung des BGH besagt nichts über eine Anhörung des Angeklagten (siehe dazu H. W. Müller, NJW 57, 1016 ff.).

lücke vor, die mit Hilfe einer direkten Anwendung des objektiven Prozeßgrundsatzes von Art. 103 I GG durch eine verfassungskonforme Lückenausfüllung zu schließen ist. Andernfalls würde dem Angeklagten im Vorlegungsverfahren in unverhältnismäßiger Weise der ihm zustehende Anspruch auf rechtliches Gehör beschnitten.

Um zu verhindern, daß der Angeklagte zum hilf- und wehrlosen Objekt des Vorlegungsverfahrens wird, ist ihm de lege lata ebenso wie dem Generalbundesanwalt eine Gelegenheit einzuräumen, im Vorlegungsverfahren zu dem Vorlegungsbeschluß des erkennenden Gerichts schriftlich Stellung zu nehmen, bevor der Bundesgerichtshof seine Entscheidung trifft¹⁾. Darüber hinaus ist ihm gleichfalls wie dem Generalbundesanwalt die Möglichkeit zu geben, sich schriftlich zu den vom Bundesgerichtshof eingeholten Ermittlungen - die ihm zu diesem Zweck rechtzeitig vor der Entscheidung mitzuteilen sind - zu äußern. Dadurch wird dem Angeklagten ein sachdienliches prozessuales Mittel zur Verfügung gestellt, das ihm erlaubt, sowohl zur Rückgabe der vorgelegten Sache an das erkennende Gericht als auch zu der strittigen Rechtsfrage sowie zu Tatsachen einschließlich der vom Bundesgerichtshof eingeholten Beweise, Gutachten usw. Stellung zu nehmen²⁾.

1) Ebenso H. W. Müller, NJW 57, 1016 ff.

Im Ergebnis ebenso BGHZ 13, 265 (270); Löwe-Rosenberg II § 138 Nr. 2c; KMR § 138 GVG Nr. 2; Schwarz-Kleinknecht, § 121 GVG Nr. 9; Eb. Schmidt III § 138 Rdn. 5; Jagusch, NJW 59, 265 und NJW 62, 1645 ff und Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 87 soweit für die rechtliche Beurteilung neue Rechtstatsachen geklärt werden müssen. Eine Anhörung zu reinen Rechtsfragen wird von Eb. Schmidt a. a. O. und Jagusch a. a. O. ausdrücklich als nicht erforderlich bezeichnet. Diese einengende Sicht rührt nicht zuletzt davon her, daß Art. 103 I GG fälschlicherweise als ein Verbot der Verwertung von Tatsachen und Beweisergebnissen, zu denen die Beteiligten nicht Stellung nehmen konnten, angesehen wird, anstatt auf den positiven Inhalt des Art. 103 I GG, der die Möglichkeit, zu Rechtsfragen Stellung nehmen zu können, mitumfaßt, abzustellen.

Wenn Jagusch a. a. O. und Eb. Schmidt III § 121 Rdn. 40 fordern, daß die Beteiligten dann mündlich zu hören seien (§§ 347, 351 StPO), wenn der BGH eine Sachentscheidung treffe, ist dem an sich zuzustimmen, weil in diesem Fall der BGH die Aufgaben eines Revisionsgerichts wahrnimmt und deshalb besser nicht von einem Vorlegungs-, sondern von einem Revisionsverfahren zu sprechen ist. Das Gebot des Art. 103 I GG erfordert jedoch eine mündliche Anhörung nicht, da im Vorlegungsverfahren ohne mündliche Verhandlung entschieden wird und deshalb eine mündliche Anhörung systemwidrig und damit nicht sachdienlich wäre.

2) Wenn Jagusch NJW 59, 265 meint, der Generalbundesanwalt werde im Vorlegungsverfahren gehört, um die Erfahrung dieser Behörde zu nutzen, so ist jedenfalls mit dieser Begründung eine Nichtanhörung des Angeklagten nicht zu rechtfertigen.

De lege ferenda erscheint es angebracht, Absatz 2 von § 138 GVG zu ergänzen und folgendermaßen neu zu fassen ¹⁾:

"Vor der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen oder ... sind der Generalbundesanwalt und der Angeklagte zu hören. Das Ergebnis von Beweisermittlungen ist dem Generalbundesanwalt sowie dem Angeklagten rechtzeitig zur schriftlichen Stellungnahme mitzuteilen".

VIII. WIEDEREINSETZUNG IN DEN VORIGEN STAND

Die gesetzliche Regelung des Verfahrens auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ²⁾ entspricht den Erfordernissen des Art. 103 I GG insoweit nicht, als sie eine gerichtliche Entscheidung über das Gesuch der Staatsanwaltschaft auf Wiedereinsetzung zuläßt, ohne daß dem Antragsgegner eine Gelegenheit eingeräumt wird, zu dem Gesuch Stellung zu nehmen.

1. Beeinträchtigende Wirkung der Entscheidung über die Wiedereinsetzung

Die Notwendigkeit zur Gewährung einer ausreichenden Einflußnahmemöglichkeit im Wiedereinsetzungsverfahren folgt aus der Tatsache, daß die Entscheidung über die Berechtigung des Wiedereinsetzungsgesuchs in die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten nachhaltig und beeinträchtigend eingreifen kann.

Sofern der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattgegeben wird, läuft der Antragsgegner Gefahr, daß seine aufgrund der rechtskräftigen Entscheidung günstige Stellung im anschließenden Rechtsmittelverfahren verschlechtert werden kann. Es wird ihm nämlich - falls dem Wiedereinsetzungsgesuch stattgegeben wird - die Berechtigung genommen, sich auf die unanfechtbare rechtskräftige Entscheidung zu berufen, da mit der Wiedereinsetzung die bereits erloschene Strafverfolgungsmöglichkeit wieder eröffnet wird ³⁾. Das bedeutet, daß der Antragsgegner ein neues Verfahren mit allen Unannehmlichkeiten auf sich nehmen muß und erneut

1) Es wird davon ausgegangen, daß die Regelung des § 138 II GVG nicht nur für die Fälle der §§ 136 und 137 GVG gilt, sondern als generelle Verfahrensnorm für jede Art von Vorlegungsverfahren, so daß sie auch in den Fällen der §§ 120 III und 121 II GVG anzuwenden ist (vgl. Jagusch, NJW 62, 1645 ff).

Die im Regierungsentwurf und Fraktionsantrag vorgesehene Neufassung des § 33 fordert in Abs. 3 ebenfalls die hier vertretene Anhörung des Angeklagten.

2) §§ 44 ff StPO.

3) Vgl. BayVerfGH, MDR 61, 829.

um seine Rechtsstellung kämpfen muß ¹⁾, ohne sicher zu sein, daß der Rechtsstreit für ihn ebenso günstig entschieden wird wie dies bereits der Fall war. Er erleidet daher im Fall der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zumindest einen nachhaltig wirkenden prozessualen Nachteil ²⁾, gegen den er sich zur Wehr setzen können muß, um damit zu erreichen, daß er sich zur Verwirklichung seiner Rechte weiterhin auf die rechtskräftig ausgesprochene Entscheidung berufen kann.

Wenn das Gesuch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verworfen wird, bedeutet dies für den Antragsteller, daß er die Chance auf eine günstige Beurteilung seiner Rechtslage durch ein Instanzgericht verliert. Er erleidet damit einen prozessualen Nachteil, gegen den er sich wehren muß, wenn er einer bleibenden Beeinträchtigung seiner materiellen Rechtslage wirksam entgegentreten will.

Aus diesen Überlegungen folgt, daß im Verfahren auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beiden Verfahrensbeteiligten eine ausreichende Einflußnahmemöglichkeit durch Bereitstellung geeigneter prozessualer Mittel eingeräumt werden muß.

2. Einflußnahmemöglichkeit nach der gesetzlichen Regelung

Fraglich ist, ob die von der Strafprozeßordnung vorgesehene Regelung des Wiedereinsetzungsverfahrens den Anforderungen des Art. 103 I GG genügt.

Da der Antragsteller in dem Gesuch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand alles vortragen kann, was für eine Berechtigung der Wiedereinsetzung spricht und außerdem die Versäumnisgründe glaubhaft angegeben werden müssen ³⁾, erhält er ausreichend Gelegenheit, auf eine ihm günstige Entscheidung hinzuwirken. Insofern entspricht daher die geltende gesetzliche Regelung dem Gebot des Art. 103 I GG.

Dem Antragsgegner - sofern es sich nicht um die Staatsanwaltschaft oder einen

1) Eb. Schmidt II § 44 Rdn. 1: "Es wird eine prozessuale Lage geschaffen, die eine Nachholung der versäumten Prozeßhandlung ermöglicht und in der Regel erforderlich macht".

2) Ebenso BVerfG, NJW 62, 580. Der prozessuale Nachteil ist insbesondere deshalb nachhaltig, weil die dem Gesuch stattgebende Entscheidung keiner Anfechtung unterliegt (§ 46 II StPO). Hierauf stellen BVerfG, NJW 62, 580 und BayVerfGH, MDR 61, 829 in erster Linie ab. Für das Wiedereinsetzungsverfahren im Zivilprozeß vertritt BVerfGE 8, 253 (255) (mit kritischer Anmerkung von Baur, JZ 59, 60) die hier vertretene Ansicht.

3) § 45 I StPO.

Privatkläger handelt ¹⁾ - wird jedoch nach der gesetzlichen Regelung keine Möglichkeit eröffnet, auf den Ausgang des Wiedereinsetzungsverfahrens Einfluß zu nehmen ²⁾. Er hat weder eine Informationsmöglichkeit hinsichtlich des Wiedereinsetzungsgesuchs, noch eine Äußerungsgelegenheit zum Wiedereinsetzungsbegehren. Nach der geltenden gesetzlichen Regelung entscheidet vielmehr der iudex ad quem ³⁾ in nichtmündlicher Verhandlung über das Wiedereinsetzungsgesuch, ohne daß vorher der Antragsgegner von dem Wiedereinsetzungsgesuch und dessen Begründung Kenntnis erlangen und dazu Stellung nehmen kann. Die Folge davon ist, daß über das natürliche Interesse des Antragsgegners an einer Ablehnung des Gesuchs befunden werden kann, ohne daß diesem im Verfahren eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt werden muß. Er läuft mithin Gefahr, einen u.U. weitreichende Folgen besitzenden prozessualen Nachteil zu erleiden, ohne sich dagegen wirkungsvoll zur Wehr setzen zu können ⁴⁾. Ein Verfahren, das derartige Folgen zuläßt, steht im Widerspruch zu dem Gebot des Art. 103 I GG, da es die Beteiligten nicht als Subjekte, sondern als Objekte behandelt. Die insoweit in der Strafprozeßordnung vorhandene mangelhafte Regelung muß daher mittels einer direkten Anwendung ⁵⁾ des objektiven Prozeßgrundsatzes von Art. 103 I GG im Wege einer verfassungskonformen Lückenausfüllung geschlossen werden. Nur auf diese Weise kann die derzeit geltende Regelung des Wiedereinsetzungsverfahrens in Einklang mit dem verfassungsrechtlichen Gebot des Art. 103 I GG gebracht werden.

- 1) Dies folgt aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 33 bzw. 385 I i. V. m. 33 StPO (vgl. hierzu BVerfG, NJW 62, 580; Eb. Schmidt II § 46 Rdn. 2; KMR § 46 Nr. 1).
- 2) Über § 33 StPO ist dies nicht möglich, da über das Gesuch auf Wiedereinsetzung normalerweise außerhalb der Hauptverhandlung entschieden wird. Nach der im Regierungsentwurf und Fraktionsantrag vorgesehenen Neufassung des § 33 III erhält der Antragsgegner dagegen die gebotene Einflußnahmemöglichkeit.
- 3) § 46 I StPO.
- 4) Dieser geltende gesetzliche Zustand wird von der strafprozessualen Literatur nicht kritisch erörtert, sondern offenbar unbeanstandet hingenommen. BayVerfGH, MDR 61, 829 und BVerfGE 8, 253 (255) (allerdings für das zivilprozessuale Wiedereinsetzungsverfahren) kommen zu dem hier vertretenen Ergebnis. Ebenso BVerfG, NJW 62, 580 in dem parallelliegenden, aber von der gesetzlichen Regelung hinlänglich erfaßten Fall, daß der Privatkläger Antragsgegner ist (über § 385 I i. V. m. § 33 StPO). Es darf daher angenommen werden, daß das Bundesverfassungsgericht in dem geschilderten Sinn entscheiden würde, falls es angerufen würde.
- 5) Für das Wiedereinsetzungsverfahren im Zivilprozeß spricht dies BVerfGE 8, 253 (255) ausdrücklich aus. Es läßt unentschieden, ob dies auch dann gilt, wenn die Fristversäumung offenkundig auf einem unabwendbaren Zufall beruht.

3. Vorschlag für die Gewährung einer Einflußnahmemöglichkeit

De lege lata ist dem Antragsgegner eine Einflußnahmemöglichkeit zu eröffnen, indem ihm das Wiedereinsetzungsgesuch zur schriftlichen Gegenerklärung innerhalb einer angemessenen Frist ¹⁾ mitzuteilen ist und das Gericht erst nach Kenntnisnahme und Berücksichtigung dieser Stellungnahme - sofern eine abgegeben wird - über die Berechtigung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand befinden darf.

Durch die Mitteilung des Wiedereinsetzungsgesuchs erhält der Antragsgegner die Möglichkeit, sich über die vorgetragenen Versäumnisgründe zu informieren. In der schriftlichen Gegenerklärung kann er zur Glaubhaftigkeit der Versäumnisgründe Stellung nehmen, sowie Bedenken tatsächlicher als auch rechtlicher Art vortragen und mithin darauf hinwirken, daß das Wiedereinsetzungsgesuch verworfen wird. Diese Informations- und Äußerungsgelegenheit ist sachdienlich und schränkt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht in unverhältnismäßiger Weise ein. Dies folgt aus der Tatsache, daß über das Wiedereinsetzungsgesuch in nichtmündlicher Verhandlung durch Beschluß entschieden wird und deshalb die Gewährung einer mündlichen Einflußnahmemöglichkeit systemwidrig und damit nicht sachgerecht wäre. Da die vorgeschlagene Regelung den Antragsgegner in die Lage versetzt, alles Wesentliche rechtzeitig zu erfahren und schriftlich vorzutragen, erhält er eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung im Wiedereinsetzungsverfahren.

Damit die gesetzliche Regelung des Wiedereinsetzungsverfahrens den Anforderungen des Art. 103 I GG gerecht wird, wird vorgeschlagen, de lege ferenda folgenden Absatz 3 zu § 45 in die Strafprozeßordnung aufzunehmen ²⁾:

"Das Gesuch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist dem Antragsgegner zur Stellungnahme innerhalb angemessener Frist mitzuteilen".

-
- 1) Diese Frist muß unter Beachtung von Art. 103 I GG je nach Sachlage so bemessen sein, daß eine fundierte Gegenerklärung abgegeben werden kann. In der Regel wird eine kurze Frist (etwa 1 Woche) ausreichend sein.
 - 2) Mit Hilfe der vorgeschlagenen allgemeinen Fassung - nämlich "Antragsgegner" - wird erreicht, daß die Gewährung ausreichenden rechtlichen Gehörs für alle Verfahrensbeteiligten einheitlich im Wiedereinsetzungsverfahren geregelt ist und für die Staatsanwaltschaft und den Privatkläger nicht auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 33 bzw. 385 I i. V. m. 33 StPO zurückgegriffen werden muß.

IX. BESCHWERDEVERFAHREN

Auch wenn durch die Neufassung des § 308 StPO ¹⁾ dem Gebot des Art. 103 I GG im Beschwerdeverfahren ²⁾ vorbildlich Genüge getan worden ist, bestehen Bedenken, ob zu allen für die Gewährung rechtlichen Gehörs in Betracht kommenden Punkten eine ausreichende Einflußnahmebefugnis vom Gesetz vorgesehen ist. Es ist nämlich fraglich, ob im Fall der Abhilfe der Beschwerde durch den iudex a quo ³⁾ und bei der Vornahme von Ermittlungen durch das Beschwerdegericht ⁴⁾ den Betroffenen nach der gesetzlichen Regelung eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt wird.

1. Ausreichende Gewährung rechtlichen Gehörs

Da eine der Beschwerde stattgebende Entscheidung in die Rechtsstellung des Gegners und eine die Beschwerde verwerfende Entscheidung in die Rechtsstellung des Beschwerdeführers beeinträchtigend eingreifen kann und außerdem beide Entscheidungen den Interessen der Beteiligten abträglich sein können ⁵⁾, muß im Beschwerdeverfahren grundsätzlich allen Prozeßbeteiligten rechtliches Gehör gewährt werden. Nur soweit die Beschwerdeentscheidung für den Beschwerdegegner keinen Nachteil mit sich bringen kann ⁶⁾ oder der Zweck besonderer Verfahrensarten eine Entscheidung ohne Anhörung des Gegners notwendig macht ⁷⁾, muß keine Einflußnahmemöglichkeit auf die Beschwerdeentscheidung eröffnet werden.

1) Geschehen durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 1953.

2) §§ 304 ff StPO.

Alles Folgende gilt auch, soweit nicht einige wenige Sondervorschriften vorgehen (etwa § 311 III StPO), entsprechend für die weitere Beschwerde (§ 310 StPO) und die sofortige Beschwerde (§ 311 StPO). Es handelt sich hierbei nämlich nur um besondere Arten von Beschwerden, für die die allgemeinen Beschwerdevorschriften gelten.

3) § 306 II StPO.

4) § 308 II StPO.

5) Ebenso KMR § 308 Nr. 1 d und Nr. 1 e.

6) Wenn etwa in der Beschwerdeinstanz auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die ablehnende Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen wird (vgl. oben 1. Abschn. I 3 mit der a. A. des BVerfG's).

7) Etwa beim Erlaß eines Haft- oder Strafbefehls durch das Beschwerdegericht auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die ablehnende erstinstanzliche Entscheidung. In diesen Fällen ist eine nachträgliche Anhörung geboten (vgl. Schwarz-Kleinknecht, § 308 Nr. 3; BVerfGE 9, 89 ff).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird im Beschwerdeverfahren nach der in der Strafprozeßordnung vorgesehenen Regelung gewährt, indem dem Beschuldigten ermöglicht wird, in einer Beschwerdeschrift seine Bedenken gegen die von ihm angefochtene Entscheidung vorzubringen ¹⁾. Falls das Beschwerdegericht der Beschwerde nach nichtmündlicher Verhandlung durch Beschluß ²⁾ stattgeben will, hat es dem Beschwerdegegner unter Einhaltung einer angemessenen Frist ³⁾ die Beschwerdeschrift zur Gegenerklärung mitzuteilen ⁴⁾. Erst dann darf das Gericht unter Berücksichtigung beider Äußerungen seine Entscheidung treffen. Insoweit ist im Beschwerdeverfahren rechtliches Gehör in ausreichendem Maß gewährt. Es darf nämlich nicht entschieden werden, ohne dem möglicherweise von der Entscheidung nachteilig betroffenen Beschwerdegegner vorher die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben zu haben.

2. Rechtliches Gehör im Beschwerdeabhilfeverfahren

Keine ausreichende Subjektstellung wird den Betroffenen von der gesetzlichen Regelung in dem dem Beschwerdeverfahren obligatorisch vorangehenden Beschwerdeabhilfeverfahren eingeräumt ⁵⁾.

Bevor das Beschwerdegericht über die Beschwerde entscheiden kann, hat der iudex a quo darüber zu befinden, ob er die bei ihm eingelegte Beschwerde für begründet hält und er ihr deshalb abhelfen will ⁶⁾. Eine solche Abhilfeentscheidung durch den iudex a quo hat zur Folge, daß der Beschwerdeführer von einer Beschwerde befreit wird, während der Beschwerdegegner durch die abgeänderte Entscheidung in seiner Rechtslage beeinträchtigt werden kann. Das bedeutet, daß dem von der Abhilfeentscheidung negativ Betroffenen im Abhilfeverfahren rechtliches Gehör

1) § 306 I StPO.

2) § 309 StPO.

3) Dies folgt ganz allgemein aus Art. 103 I GG (vgl. Eb. Schmidt II § 308 Rdn. 5; KMR, § 308 Nr. 1 c; Röhl, MDR 55, 522; BVerfGE 4, 190).

4) § 308 I StPO.

Dies geschieht am besten durch Zustellung einer Abschrift der Beschwerdeschrift. Daß dies auch bei der sofortigen Beschwerde gilt, stellt BVerfGE 9, 123 (124) zutreffend fest.

5) § 306 II StPO.

6) Nur für den Fall, daß er sie für unbegründet hält, hat er sie dem Beschwerdegericht zur Entscheidung vorzulegen (§ 306 II 2 StPO). Dadurch trifft das Gericht für den Beschwerdegegner keine nachteilige Entscheidung. Da sich außerdem der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift äußern konnte, ist Art. 103 I GG Genüge getan und insoweit eine Anhörung überflüssig (ebenso H. W. Müller, NJW 60, 21).

gewährt werden muß, um ihm damit die Möglichkeit zu geben, sich gegen eine ihn beeinträchtigende Entscheidung zur Wehr zu setzen.

Die in der Strafprozeßordnung vorgesehene Regelung stellt dem von der Abhilfeentscheidung Betroffenen kein prozessuales Mittel zur Verfügung, das ihm erlaubt, auf die Entscheidung Einfluß zu nehmen. Denn ein Recht zur Gegenerklärung auf die Beschwerdeschrift des Beschwerdeführers steht ihm nach § 308 I StPO nur dann zu, wenn über die Beschwerde vom Beschwerdegericht befunden wird. Eine Anwendung dieser Regelung auf die Entscheidung des *judex a quo* - die den Beschwerdegegner in seiner Rechtslage genauso stark beeinträchtigen kann wie eine der Beschwerde stattgebende Entscheidung des Beschwerdegerichts - läßt der eindeutige Wortlaut des § 308 I StPO nicht zu¹⁾. Es besteht vielmehr eine Gesetzeslücke, die mittels direkter Anwendung des Art. 103 I GG zu schließen ist.

Die Tatsache, daß insoweit eine echte Gesetzeslücke besteht, kann nicht mit dem Argument, es stehe dem Beschwerdegegner gegen die Abhilfeentscheidung die Beschwerde zu²⁾, beseitigt werden. Denn Art. 103 I GG fordert, daß dem von einer Entscheidung Betroffenen in jeder Instanz eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt wird und läßt deshalb nicht zu, daß die Anfechtungsmöglichkeit gegen eine Entscheidung als Gewährung rechtzeitigen Gehörs angesehen werden kann³⁾. Nicht gesagt werden kann ferner, daß der Beschwerdegegner dadurch genügend Gelegenheit zur Einflußnahme auf die Abhilfeentscheidung gehabt habe, daß er auf die erstinstanzliche Entscheidung habe einwirken und damit auch vorsorglich auf die denkbaren Beschwerdegünde des Beschwerdeführers habe eingehen können. Mit Erlaß der erstinstanzlichen, den Beschwerdeführer benachteiligenden Entscheidung ist nämlich ein abgeschlossener Tatbestand geschaffen, auf dessen Bestehen sich der durch sie begünstigte Gegner verlassen können muß⁴⁾.

1) So Eb. Schmidt II § 308 Rdn. 6, der daraus schließt, daß der *judex a quo* dem Beschwerdegegner für den Fall, daß er der Beschwerde abhelfen will, die Beschwerdeschrift nicht mitzuteilen hat. Ebenso Röhl MDR 55, 522.

A. A.: KMR, § 308 Nr. 2, wonach § 308 I StPO angewandt werden muß, weil die "Abhilfeentscheidung nur eine vorweggenommene Entscheidung des Beschwerdegerichts ist". Eine derartige analoge Anwendung des § 308 I StPO stößt jedoch wegen des eindeutigen Wortlauts auf Bedenken. Man könnte ebenso gut mit einem *argumentum e contrario* zum gegenteiligen Schluß kommen.

2) So Eb. Schmidt II § 308 Rdn. 6 und Röhl MDR 55, 522. Wie hier H. W. Müller, NJW 60, 21, der zutreffend diese Argumentation nicht für einen Aus-, sondern einen Umweg hält.

3) Die Folge wäre der Verlust einer Instanz.

4) Ebenso H. W. Müller, NJW 60, 21.

Soll sie geändert werden, so muß der bisher Begünstigte die Möglichkeit erhalten, sich dagegen zur Wehr zu setzen. Im anderen Fall würde man nämlich entgegen der Forderung des Art. 103 I GG billigen, daß ein Prozeßbeteiligter von einer ihn benachteiligenden Entscheidung überrascht werden kann. Um einen derartigen unverhältnismäßigen Eingriff in die Subjektstellung des von einer Abhilfeentscheidung Betroffenen zu vermeiden, ist es daher unerläßlich, prozessuale Mittel, die eine sachdienliche Einflußnahmemöglichkeit eröffnen, bereitzustellen.

Das Abhilfeverfahren dient dem Zweck, dem erstinstanzlich entscheidenden Gericht eine Möglichkeit zur nochmaligen raschen Überprüfung seiner getroffenen Entscheidung zu geben. Es soll dadurch vermieden werden, daß offensichtlich falsche und unter Zeitdruck entstandene Entscheidungen des erstinstanzlichen Gerichts vor das Beschwerdegericht gebracht werden können. Aus dieser Einsicht folgt, daß das Abhilfeverfahren dann rasch abgewickelt werden muß, wenn das Gericht auf seiner einmal getroffenen Entscheidung beharrt. Andernfalls würde das Interesse des Beschwerdeführers an einer schnellen Überprüfung der ihn belastenden Entscheidung unberücksichtigt gelassen ¹⁾. Will das erstinstanzliche Gericht seine Entscheidung aber nicht aufrechterhalten, so liegt eine möglichst rasche Abwicklung des Abhilfeverfahrens nicht mehr im Interesse des Beschwerdeführers ²⁾. Es ist ihm vielmehr an einer eingehenden Aufklärung des Sachverhalts gelegen, da er dadurch die Chance erhält, daß seinem Begehren schon in der ersten Instanz stattgegeben wird. Außerdem liegt es im Interesse einer ökonomischen Rechtspflege, wenn das Abhilfeverfahren in diesem Fall sorgfältig durchgeführt wird. Dadurch kann nämlich u. U. ein Tätigwerden des Instanzgerichts überflüssig und mithin Zeit- und Arbeitsaufwand gespart werden. Eine effektive Einflußnahmemöglichkeit des Beschwerdegegners ist daher vom Verfahrenszweck her dringend erwünscht, und zwar besonders deshalb, weil eine Berücksichtigung der Einwendungen des Beschwerdegegners u. U. dazu führen kann, daß der Beschwerdeführer unter dem Eindruck der Gegenargumente seine Beschwerde zurückzieht und sich dadurch ein Tätigwerden des Beschwerdegerichts erübrigt.

Es ist daher angebracht, de lege lata dem Beschwerdegegner im Abhilfeverfahren unmittelbar aus Art. 103 I GG im Weg einer verfassungskonformen Lückenausfüllung eine sachdienliche und verhältnismäßige Einflußnahmemöglichkeit zu eröffnen. Da das Verfahren ohne mündliche Verhandlung durchgeführt wird, ist ihm dazu die Beschwerdeschrift des Beschwerdeführers zur schriftlichen Gegenerklärung

1) Deshalb die sehr kurze Vorlegungsfrist von 3 Tagen nach § 306 II StPO.

2) Für den Fall der Abhilfe ist das Gericht nicht mehr an die Vorlegungsfrist gebunden (vgl. H. W. Müller, NJW 60, 710).

unter Bestimmung einer angemessenen Frist mitzuteilen¹⁾. Nur dieses, der Regelung des § 308 I StPO entsprechende prozessuale Mittel gewährt dem von einer nachteiligen Abhilfeentscheidung Betroffenen eine Subjektstellung im Abhilfeverfahren und schließt in sachgerechter und angemessener Weise die bestehende Gesetzeslücke²⁾.

De lege ferenda wird vorgeschlagen, folgenden Satz 2 zu Absatz 2 von § 306 StPO aufzunehmen:

"Will das Gericht der Beschwerde abhelfen, so hat es vor seiner Entscheidung dem Beschwerdegegner die Beschwerde zur Gegenerklärung unter Wahrung einer angemessenen Frist mitzuteilen".

3. Einflußnahme auf die Ermittlungen des Beschwerdegerichts

Im Hinblick auf Art. 103 I GG besteht eine weitere ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke für den Fall, daß das Beschwerdegericht³⁾ im Beschwerdeverfahren Ermittlungen anordnet oder selbst vornimmt.

Die Tatsache allein, daß das Beschwerdegericht von sich aus Ermittlungen anordnen kann, beeinträchtigt die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten noch nicht. Es wird nämlich hierdurch noch kein Tatbestand geschaffen, der geeignet ist, den Ablauf oder Ausgang des Verfahrens entscheidend zu beeinflussen. Die Durchführung der angeordneten Ermittlungen kann jedoch in die Rechtsstellung beider Be-

1) Ebenso H. W. Müller, NJW 60, 21, der ein derartiges Vorgehen für notwendig und sachgemäß hält (aufgeführt ist dort auch die Literatur zu den Parallelvorschriften der §§ 571 ZPO und 148 I VwGO (ehemals § 118 VGG), nach der - falls sie sich überhaupt äußert - eine Anhörung teils für statthaft, teils für erwünscht gehalten wird). Seine zutreffende Ansicht wiederholt H. W. Müller in NJW 60, 710 mit dem Hinweis, daß die gegenteilige Ansicht von Ulrich, NJW 60, 709 (hins. § 571 ZPO) zuviel Gewicht auf die praktische Unmöglichkeit der Einhaltung der Vorlegungsfrist, die ohnehin nur im Falle der Nichtabhilfe gilt, lege.

Schwarz-Kleinknecht, § 308 Nr. 5 will der unbefriedigenden gesetzlichen Regelung offenbar mit Hilfe einer Gegenvorstellung des Betroffenen steuern. Dabei übersieht er jedoch, daß er an die Stelle eines unzulänglichen Verfahrens ein ebenso unzulängliches setzt.

2) Dieses Ergebnis wird auch über die im Regierungsentwurf und Fraktionsantrag vorgesehene Neufassung des § 33 III erreicht.

3) Nur das Beschwerdegericht, nicht auch der iudex a quo kann, wie der eindeutige Wortlaut von § 308 II StPO zeigt, Ermittlungen anstellen.

teiligter einschneidend eingreifen. Denn das Beschwerdegericht trifft seine Entscheidung aufgrund des ermittelten Beweisergebnisses. Das Ermittlungsergebnis ist daher maßgebend dafür, wie die Entscheidung des Gerichts ausfällt. Mithin kann die Durchführung des Ermittlungsverfahrens die prozessuale und materielle Rechtslage beider Verfahrensbeteiligter gleichermaßen nachhaltig beeinträchtigen. Es ist deshalb notwendig, daß den Verfahrensbeteiligten im Ermittlungsverfahren eine einflußnahmeberechtigende Subjektstellung eingeräumt wird.

Dafür geeignete prozessuale Mittel stellt die Strafprozeßordnung nicht in ausreichender Weise zur Verfügung. "In geeigneten Fällen" kann zwar die Staatsanwaltschaft vor Erlaß des Beschlusses durch das Beschwerdegericht gehört werden ¹⁾ und damit in beschränktem Umfang - nämlich nicht in allen, sondern nur in geeigneten Fällen - zu dem Ergebnis der durchgeführten Ermittlungen schriftlich Stellung nehmen. Dem privaten Prozeßbeteiligten wird dagegen von der gesetzlichen Regelung eine ähnliche beschränkte Einflußnahmemöglichkeit auf das Ermittlungsergebnis nicht zur Verfügung gestellt ²⁾. Diese lückenhafte Gewährung rechtlichen Gehörs steht im Widerspruch zu dem Gebot des Art. 103 I GG.

Eine ausreichende Einflußnahmemöglichkeit kann den Prozeßbeteiligten in sachdienlicher Weise dadurch eingeräumt werden, daß ihnen Gelegenheit geboten wird, schriftlich zu dem Ergebnis der Ermittlungen Stellung zu nehmen. Eine Befugnis zur unmittelbaren Anwesenheit der Prozeßbeteiligten bei der Durchführung der Ermittlungen wäre nicht sachdienlich, da das Beschwerdeverfahren nach der gesetzlichen Regelung ohne mündliche Verhandlung durchgeführt wird und deshalb bei Vermeidung eines systemwidrigen Einbruchs in ein einheitliches Verfahrensfüge die Beweisaufnahme auch nur nichtöffentlich durchgeführt werden darf. De lege lata ist daher für die Prozeßbeteiligten unter unmittelbarer Anwendung des objektiven Prozeßgrundsatzes von Art. 103 I GG im Weg einer verfassungskonformen Lückenfüllung eine sachdienliche Einflußnahmemöglichkeit in der Weise zu eröffnen, daß ihnen das Ermittlungsergebnis unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Stellungnahme mitgeteilt wird ³⁾. Nur so werden sie in die Lage versetzt, auf das sie möglicherweise belastende Ermittlungsergebnis Einfluß zu nehmen.

1) § 309 I StPO.

2) Eine Einflußnahmemöglichkeit der Beteiligten auf das Ermittlungsergebnis ist auch nicht aus ihrem Recht zur Gegenerklärung nach § 308 I StPO abzuleiten. Denn nach dem Wortlaut des § 308 I StPO umfaßt das Recht zur Gegenerklärung nur die Möglichkeit der Stellungnahme zur Beschwerdeschrift, jedoch nicht die Möglichkeit, sich zum Ergebnis der Beweisaufnahme erklären zu können.

3) Ebenso BVerfGE 7, 340 (341); 8, 184 (185) und 8, 208 (209); sowie die im Regierungsentwurf und im Fraktionsantrag vorgesehene Fassung des § 33 III.

De lege ferenda ist es angebracht, den zweiten Halbsatz von § 309 I StPO ersatzlos zu streichen und als Satz 2 zu § 308 II StPO folgende Vorschrift einzufügen:

"Das Ermittlungsergebnis ist den Beteiligten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Stellungnahme mitzuteilen".

X. WIEDERAUFNAHMEVERFAHREN

Die Regelung des Wiederaufnahmeverfahrens¹⁾ verletzt in mehrfacher Hinsicht das Gebot des Art. 103 I GG. Es liegt nämlich bei der Zulässigkeitsprüfung des Wiederaufnahmeantrags²⁾ im Hinblick auf Art. 103 I GG eine Gesetzeslücke vor. Darüber hinaus verstößt die Regelung über die Beweisaufnahme³⁾ im Verfahren ohne Erneuerung der Hauptverhandlung⁴⁾ und im Verfahren über die Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags⁵⁾ gegen Art. 103 I GG und ist deshalb verfassungswidrig.

1. Entscheidung über die Zulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags

Die Entscheidung über die Zulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags ergeht ohne mündliche Verhandlung⁶⁾. Da sie darüber befindet, ob der Antrag auf Wiederaufnahme aus formalen Gründen als unzulässig verworfen werden muß oder zugelassen wird⁷⁾, kann die Entscheidung zur Folge haben, daß einem Verurteilten die Möglichkeit genommen wird, seine Rehabilitierung zu betreiben. Sie greift daher in entscheidendem Maß in die Rechtsstellung eines Beteiligten ein und darf deshalb nicht ergehen, ohne daß dem Betroffenen die Möglichkeit gegeben wird, auf den Ausgang des Verfahrens schriftlich einzuwirken.

Dadurch, daß der Verurteilte und die Staatsanwaltschaft mit der Stellung des Wiederaufnahmeantrags die Möglichkeit erhalten, im Antrag alle maßgebenden Gesichtspunkte darzulegen, wird beiden Verfahrensbeteiligten eine Einflußnahmegelegenheit eröffnet. Ein Recht zur Gegenerklärung wird dagegen nur der Staatsanwaltschaft eingeräumt⁸⁾, während dem Verurteilten von der Strafprozeßord-

1) §§ 359 ff StPO.

2) §§ 367 und 368 I StPO.

3) § 369 III StPO.

4) § 371 StPO.

5) § 370 StPO.

6) § 367 II StPO.

7) § 368 I StPO.

8) Über § 33 StPO (KMR § 368 Nr. 1· Eb. Schmidt II § 368 Rdn. 6); anders in der vorgesehenen Neufassung des § 33 III des Regierungsentwurfs und Fraktionsantrags.

nung keine prozessualen Mittel zur Verfügung gestellt werden, um zur Zulässigkeit eines von der Staatsanwaltschaft eingereichten Wiederaufnahmeantrags Stellung zu nehmen ¹⁾. Da der Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags jedoch eine wichtige Bedeutung für die Rechtsstellung des Betroffenen zukommt - wenn der Wiederaufnahmeantrag zu seinen Ungunsten von der Staatsanwaltschaft eingereicht wurde und er deshalb ein Interesse hat, auf die Unzulässigkeit des Antrags hinwirken zu können - muß ihm in diesem Fall rechtliches Gehör vor Ergehen der Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags eingeräumt werden.

Diesen Anforderungen des Art. 103 I GG wird die Strafprozeßordnung nicht gerecht. Sie nimmt vielmehr eine unverhältnismäßige Begrenzung der Mittel im Rahmen der Gewährung rechtlichen Gehörs vor, indem sie für den Betroffenen kein Recht auf Gegenerklärung normiert. Die insoweit unzulängliche gesetzliche Regelung kann und muß de lege lata durch verfassungskonforme Lückenausfüllung mittels einer unmittelbaren Anwendung des Art. 103 I GG behoben werden. In sachdienlicher Weise kann dies nur dadurch geschehen, daß einem Verurteilten der zu seinen Ungunsten eingelegte Wiederaufnahmeantrag der Staatsanwaltschaft vor der Zulässigkeitsprüfung durch das Gericht zur schriftlichen Gegenerklärung unter Einhaltung einer angemessenen Frist mitgeteilt wird, wenn das Gericht den Wiederaufnahmeantrag als zulässig bescheiden will ²⁾.

De lege ferenda erscheint es angebracht, folgenden Absatz 3 des § 367 StPO in die Strafprozeßordnung aufzunehmen:

"Über einen von der Staatsanwaltschaft zu Ungunsten eines Verurteilten eingelegten Wiederaufnahmeantrag wird entschieden, nachdem der Antragsgegner unter Setzung einer angemessenen Frist zur schriftlichen Gegenerklärung aufgefordert worden ist".

1) Diese gesetzliche Regelung wird als zulässig hingenommen von Eb. Schmidt II § 367 Rdn. 12 und § 368 Rdn. 6; KMR § 367 Nr. 1 und § 368 Nr. 1; Schwarzknecht, § 367 Nr. 2; die Begründung, die Anhörung des Gegners gehöre "bereits zur Instruktion des zugelassenen Antrags" (OLG Bamberg, HEST 3, 3) besagt nichts über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Regelung.

2) Ein derartiges Vorgehen entspricht sinngemäß der im Beschwerdeverfahren in § 308 I StPO vorgesehenen gesetzlichen Regelung und erscheint systemgerecht, da nach § 367 II StPO die Zulässigkeitsprüfung ohne mündliche Verhandlung erfolgt.

2. Entscheidung über die Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags

Wenn der Wiederaufnahmeantrag für zulässig erklärt worden ist, entscheidet das Gericht anschließend über seine Begründetheit. Dies geschieht in der Weise, daß vom Gericht Beweise eingezogen werden ¹⁾ und ohne mündliche Verhandlung unter Zugrundelegung des Beweisergebnisses über die Begründetheit des Antrags ²⁾, d. h. über die Frage, ob die Hauptverhandlung erneuert und der Verurteilte die Chance einer Rehabilitierung erhält, entschieden wird. Da die Entscheidung über die Begründet- oder Unbegründetheit des Antrags ebenso wie die Zulässigkeitsprüfung in die Rechtsstellung der Beteiligten nachteilig eingreifen kann, muß vor ihrem Ergehen den Betroffenen rechtliches Gehör gewährt werden.

Da der Antragsteller Beweis für die von ihm behaupteten Tatsachen antreten muß, dem Antragsgegner der Antrag zur schriftlichen Erklärung unter Bestimmung einer Frist zuzustellen ist ⁴⁾ und außerdem beide Beteiligten die Möglichkeit haben, nach Schluß der Beweisaufnahme, also vor der Entscheidung über die Begründetheit des Antrags zum Beweisergebnis in einer weiteren schriftlichen Erklärung Stellung zu nehmen ⁵⁾, wird den Verfahrensbeteiligten vom Gesetz die Möglichkeit zur Einflußnahme eingeräumt. Es fragt sich jedoch, ob diese Einflußnahmemöglichkeit auch ausreicht, den Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör in zureichendem Umfang zu gewähren ⁶⁾. Ein echter Einfluß auf die Beweisaufnahme ist nämlich nur möglich, wenn die Beteiligten Gelegenheit haben, auf die Beweiserhebung in Form von Frage und Antwort unmittelbar einzuwirken. Deshalb ist es notwendig, daß die Verfahrensbeteiligten nicht nur Beweisangebote stellen und sich zum Beweisergebnis erklären können, sondern daß sie auch berechtigt sind, bei der jeweiligen Beweisaufnahme einflußnahmebefugt anwesend zu sein ⁷⁾. Dieses prozessuale Mittel räumt die Strafprozeßordnung den am Verfahren Beteiligten zwar grundsätzlich ⁸⁾ ein; es ist jedoch fraglich, ob die vorgesehene Regelung den

1) § 369 I StPO.

2) § 370 StPO.

3) § 366 I StPO.

4) § 368 II StPO.

Das gilt auch für die Staatsanwaltschaft, die sich vor der Entscheidung nach § 368 I StPO zur Zulässigkeit des Antrags aufgrund ihrer Befugnis aus § 33 StPO äußern und später zur Begründetheit Stellung nehmen kann (KMR § 368 Nr. 4; Eb. Schmidt II § 368 Rdn. 5).

5) § 369 IV StPO.

6) Vgl. OLG Celle, NJW 62, 1073.

7) LG Mannheim, Die Justiz 62, 271.

8) § 369 III i. V. m. §§ 193 ff StPO.

Anforderungen des Art. 103 I GG genügt. Nach dem Wortlaut der §§ 369 III i. V. m. 193 ff StPO steht den Verfahrensbeteiligten bei der Beweisaufnahme nämlich nur ein beschränktes Anwesenheitsrecht zu. Sie haben ein Anwesenheitsrecht im Beweistermin nur dann, wenn Beweise erhoben werden, die in der späteren Hauptverhandlung voraussichtlich nicht wiederholt werden können ¹⁾. Es soll im Fall einer vorweggenommenen Beweisaufnahme dem Betroffenen Gelegenheit geboten werden, auch auf die Beweisaufnahme wirksam Einfluß zu nehmen.

Diese Beschränkung des Anwesenheitsrechts der Beteiligten hat einen Sinn im Verfahren der richterlichen Voruntersuchung, jedoch nicht im Wiederaufnahmeverfahren. Während nämlich der Betroffene zu den im Rahmen der Voruntersuchung in seiner Abwesenheit vorgenommenen vorläufigen Beweiserhebungen in der späteren Hauptverhandlung ausreichend Stellung nehmen kann, wird im Wiederaufnahmeverfahren unmittelbar aufgrund der erhobenen Beweise über die Begründet- oder Unbegründetheit des Wiederaufnahmeantrags ²⁾ entschieden. Würde man daher die auf die richterliche Voruntersuchung abgestimmte Regelung bei der Beweiserhebung im Wiederaufnahmeverfahren anwenden, so würde das bedeuten, daß die Entscheidung über die Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags in aller Regel vom Gericht getroffen werden könnte, ohne daß den Prozeßbeteiligten ein ausreichender Einfluß auf die ergehende Entscheidung möglich wäre. Damit würden aber die Verfahrensbeteiligten zu Objekten des Verfahrens degradiert ³⁾ und ihnen nicht die von Art. 103 I GG geforderte Subjektstellung eingeräumt werden. Eine derartige Regelung verstößt daher gegen den objektiven Prozeßgrundsatz des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Sie verletzt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels bei der Gewährung rechtlichen Gehörs. Die in den §§ 369 III i. V. m. 193 ff StPO vorgesehene Regelung ist daher im Hinblick auf Art. 103 I GG verfassungswidrig.

Das Gebot des Art. 103 I GG fordert, daß den Verfahrensbeteiligten im Wiederaufnahmeverfahren bei jeder vorgenommenen Beweiserhebung ein Anwesenheitsrecht eingeräumt wird, um sie mit Hilfe eines Fragerechts am Zustandekommen

1) So KMR § 369 Nr. 6.

Wenn OLG Celle NJW 62, 1073 und LG Mannheim, Die Justiz 62, 271 die vorgetragene wörtliche Anwendung des § 193 StPO nicht für zwingend halten, ist dem nicht zuzustimmen. Denn die vorgenommene teleologische und genetische Auslegung darf - so berechtigt sie vom Ergebnis her ist - nicht über den eindeutigen Wortlaut der Vorschriften hinweggehen.

2) Ebenso Schwarz-Kleinknecht, § 369 Nr. 4.

3) Die Erleichterung der Wahrheitsfindung (so LG Mannheim, Die Justiz 62, 271) kann im Rahmen des Art. 103 I GG nicht als maßgebliches Kriterium herangezogen werden.

des Beweisergebnisses einflußnahmebefugt mitarbeiten zu lassen¹⁾. Nur auf diese Weise kann in sachdienlicher Weise gewährleistet werden, daß die sich möglicherweise nachteilig auswirkende Entscheidung über die Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags nicht ohne wirksame Einflußnahmemöglichkeit der Verfahrensbeteiligten zustande kommt²⁾. De lege lata darf daher die Regelung in § 369 III i. V. m. §§ 193 ff StPO nicht angewendet werden. Den Verfahrensbeteiligten müßte vielmehr im Wiederaufnahmeverfahren ein frageberechtigendes Anwesenheitsrecht bei der Beweiserhebung eingeräumt werden. Dazu würde gehören, daß sie rechtzeitig von Ort und Termin der Beweisaufnahme benachrichtigt werden und aus besonderem Anlaß auch einen Anspruch auf Terminsverlegung geltend machen können. Diese Befugnisse darf jedoch der entscheidende Richter nicht über eine verfassungskonforme Auslegung der gesetzlichen Regelung gewähren, da diese eindeutig ist. Er muß vielmehr nach Art. 100 GG vorgehen.

De lege ferenda wäre Absatz 3 des § 369 StPO zu streichen und durch folgenden neuen Absatz 3 zu ersetzen:

"Die Verfahrensbeteiligten sind von Ort und Zeit der Beweisaufnahme rechtzeitig zu benachrichtigen. Sie haben in der Beweisaufnahme ein Anwesenheits- und Fragerecht".

-
- 1) Die weitere Erklärung zum Ergebnis der Beweisaufnahme i. S. v. § 369 IV StPO kann nur den Charakter einer zusammenfassenden Stellungnahme durch die Verfahrensbeteiligten besitzen. Soweit die Verfahrensbeteiligten von ihrem Anwesenheitsrecht bei der Beweisaufnahme Gebrauch gemacht haben, muß ihnen aus Gründen des Art. 103 I GG das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht mehr vom Gericht mitgeteilt werden, da sie es aufgrund eigener Anschauung kennen. Nur denjenigen Beteiligten, die an allen oder einzelnen Beweisaufnahmen nicht teilnahmen, ist das Ergebnis schriftlich oder mündlich zur Erklärung mitzuteilen (vgl. KMR § 369 Nr. 8; Eb. Schmidt II § 369 Rdn. 7).
- 2) Im Ergebnis ebenso Eb. Schmidt II § 369 Rdn. 5 (Grund: sonst besteht keine Möglichkeit zur Einflußnahme); Schwarz-Kleinknecht, § 369 Nr. 4; neuerdings LG Mannheim, Die Justiz 62, 271; OLG Celle, NJW 62, 1073 mit vollständigen Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen (Grund: § 369 III StPO will eine für den Betroffenen günstige Regelung treffen, die sich nicht in ihr Gegenteil verkehren darf). Ebenso die im Regierungsentwurf vorgesehene Fassung von § 369 III.
- A. A. OLG Hamburg, SJZ 50, 622; OLG Braunschweig, NdsRpF 60, 144. Löwe-Rosenberg § 369 Anm. 6; KMR § 369 Nr. 6 (Grund: der Wortlaut von § 369 III StPO steht entgegen).

3. Wiederaufnahmeverfahren ohne Erneuerung der Hauptverhandlung

Hält das Gericht den Wiederaufnahmeantrag für begründet, ordnet es die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Erneuerung der Hauptverhandlung an¹⁾. Da für die erneuerte Hauptverhandlung²⁾ die allgemeinen Regeln gelten, bestehen insoweit keine Bedenken hinsichtlich der Gewährung ausreichenden rechtlichen Gehörs.

Fraglich ist jedoch, ob auch in dem Verfahren ohne Erneuerung der Hauptverhandlung³⁾ dem Gebot des Art. 103 I GG Genüge getan wird.

Mit der h. M.⁴⁾ ist davon auszugehen, daß die Entscheidung in diesem Verfahren ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß ergeht, und daß die Beweise nicht zur Bestätigung der Antragsbehauptung, sondern von vornherein zur Klärung der Frage erhoben werden, ob eine Freisprechung geboten ist⁵⁾. Das bedeutet, daß den Verfahrensbeteiligten nur dann eine ausreichende Einflußnahmemöglichkeit eröffnet wird, wenn sie Gelegenheit erhalten, auf die Beweisaufnahme - die im normalen Wiederaufnahmeverfahren der Prüfung der Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags dient - ausreichenden Einfluß zu nehmen. Denn die Beweisaufnahme ersetzt in diesem Verfahren die normalerweise in der erneuten Hauptverhandlung vorzunehmenden und dem Einfluß der Verfahrensbeteiligten offenstehenden Beweiserhebungen. Neben den im Gesetz vorgesehenen Antragsrechten und Äußerungsgelegenheiten⁶⁾ der Prozeßbeteiligten ist es daher erforderlich, daß den Prozeßbeteiligten über das in § 369 III StPO vorgesehene beschränkte Anwesenheitsrecht hinaus ein umfassendes Recht zur Anwesenheit, verbunden mit einer Fragebefugnis, bei der Beweisaufnahme eingeräumt wird. Sonst könnte nämlich in die Rechts-

1) § 370 II StPO.

2) § 373 und entsprechend § 373 a StPO.

3) § 371 StPO.

4) Vgl. etwa Eb. Schmidt II § 371 Rdn. 2; KMR § 371 Nr. 1; Löwe-Rosenberg § 371 Nr. 6; BGHSt 8, 383 (hinsichtlich § 371 Abs. 2 StPO).

5) Ob diese Ansicht richtig oder falsch ist, kann nicht unter dem Aspekt des Art. 103 I GG geprüft werden. Denn der Anspruch auf rechtliches Gehör eröffnet keine vom Gesetz nicht vorgesehene Form einer gerichtlichen Entscheidung. Es ist vielmehr von der gesetzlichen Regelung auszugehen und zu prüfen, ob im Rahmen der vorgesehenen gesetzlichen Entscheidungsart den Verfahrensbeteiligten eine ausreichende Einflußnahmemöglichkeit eingeräumt wird.

6) In dem Fall, daß ein verurteilter Verstorbener durch ein Wiederaufnahmeverfahren rehabilitiert werden soll, haben seine Angehörigen nach § 361 II StPO das Antragsrecht zur Wiederaufnahme. Sie sind also Prozeßbeteiligte mit allen Rechten, die sich aus dieser Stellung ergeben.

lung der von der Entscheidung Betroffenen eingegriffen werden, ohne daß diese in der Lage wären, sich gegen eine sie möglicherweise treffende Beeinträchtigung zur Wehr zu setzen.

Im Hinblick auf die von Art. 103 I GG gewährleistete einflußnahmeberechtigende Subjektstellung ist daher die vom Gesetz vorgesehene Beschränkung des Anwesenheitsrechts bei der Beweisaufnahme im Rahmen des Verfahrens nach § 371 StPO ebenso verfassungswidrig, wie im Beweisaufnahmeverfahren zur Prüfung der Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags. Im Wiederaufnahmeverfahren ohne Erneuerung der Hauptverhandlung gelten die bereits angeführten Gründe nämlich umso mehr, als hier aufgrund des gefundenen Beweisergebnisses endgültig entschieden wird, ohne daß die Möglichkeit bestünde, in einer folgenden Hauptverhandlung auf das Beweisergebnis noch Einfluß nehmen zu können. Der maßgebliche Grund, warum die vom Gesetz vorgesehene Regelung eines beschränkten Anwesenheitsrechts bei der Beweisaufnahme im besonderen Wiederaufnahmeverfahren nicht zur Anwendung kommen kann, liegt daher nicht in einem unspezifizierten Verlangen nach "materieller Gerechtigkeit" ¹⁾, sondern in der Tatsache, daß § 369 III StPO gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels bei der Gewährung rechtlichen Gehörs verstößt. Das bedeutet, daß de lege lata der ohnehin verfassungswidrige § 369 III StPO erst recht nicht im Wiederaufnahmeverfahren ohne Erneuerung der Hauptverhandlung angewandt werden darf. Den Prozeßbeteiligten müßte vielmehr unmittelbar aufgrund ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör die Ansetzung der Beweistermine rechtzeitig mitgeteilt werden und im Beweisaufnahmeverfahren ein Anwesenheits- und Fragerecht eingeräumt werden ²⁾. Wegen der Eindeutigkeit der gesetzlichen Regelung ist der entscheidende Richter nicht befugt, diese Einflußnahme im Weg verfassungskonformer Auslegung des § 369 III StPO zu eröffnen. Er muß vielmehr über Art. 100 GG vorgehen.

De lege ferenda sind die genannten Rechte in Form der bereits vorgeschlagenen Neufassung des § 369 III StPO zu normieren.

1) Eb. Schmidt II § 371 Rdn. 4.

2) So schon KG (25.3.1889!) bei Alsberg, Entsch. II Nr. 324, das den Beteiligten den Anspruch gibt, "der Vernehmung von Zeugen beizuwohnen und von den hierzu anberaumten Terminen vorher benachrichtigt zu werden". Ebenso Löwe-Rosenberg § 371 Nr. 3; Eb. Schmidt II § 371 Rdn. 4.

XI. ORDNUNGSSTRAFVERFAHREN

Um zu verhindern, daß die geordnete Durchführung des Strafverfahrens durch Ungebühr ¹⁾ oder Ungehorsam ²⁾ von Verfahrensteilnehmern gestört werden kann, ist nach der Strafprozeßordnung eine Verurteilung zu Ordnungsstrafen zulässig. Es ist zu untersuchen, ob in diesen Ordnungsstrafverfahren rechtliches Gehör gewährt werden muß und - falls dies zu bejahen ist - ob die gesetzliche Regelung die erforderlichen prozessualen Mittel zur Verfügung stellt.

1. Beeinträchtigung der Betroffenen durch Ordnungsstrafen

Die Ordnungsstrafe kann in der Verurteilung zur Zahlung der durch die Ungebühr verursachten Kosten und in einer Geld- oder Haftstrafe bestehen ³⁾. Es handelt sich dabei um nachteilig wirkende Entscheidungen, die einen Eingriff in die vermögensrechtliche bzw. freiheitliche Rechtssphäre des Betroffenen bedeuten können ⁴⁾. Da Art. 103 I GG verbietet, daß jemand durch eine Gerichtsentscheidung ⁵⁾ eine Beeinträchtigung erdulden muß, ohne sich dagegen zur Wehr setzen zu können, muß in Ordnungsstrafverfahren rechtliches Gehör gewährt werden. Nur dadurch kann den von einer Gerichtsentscheidung Betroffenen die erforderliche Subjektstellung im Verfahren eingeräumt werden.

Da die Ordnungsstrafen von Amts wegen ohne besonderen staatsanwaltschaftlichen Antrag zu erlassen sind ⁶⁾, kann die Staatsanwaltschaft durch die Entscheidung des Gerichts in der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nicht beeinträchtigt werden. Das bedeutet, daß ihr im Ordnungsstrafverfahren kein Anspruch auf rechtliches

1) §§ 51, 70, 77, 81 c IV, 95 II StPO.

2) §§ 178 ff GVG.

3) Nach § 70 II StPO und entsprechend bei §§ 81 c IV und 95 II StPO besteht außerdem die Möglichkeit, Beugehaft anzuordnen.

4) Nach § 70 II StPO kann die Beugehaft bis zu 6 Monaten dauern.

5) Daß es sich bei der Verhängung einer Ordnungsstrafe um eine richterliche und nicht um eine verwaltende Tätigkeit des Gerichts handelt (wie Kniestedt, MDR 60, 197 und 61, 25 sowie Löwe S. 359 ff meinen), folgt nicht aus der Tatsache, daß das Gericht Haft bis zu 3 Tagen Dauer anordnen kann (§ 178 GVG) und dies nach Art. 104 II GG nur dem Richter zusteht (so Tillmann, MDR 60, 640). Entscheidend ist vielmehr, daß die Ordnungsstrafe eine beeinträchtigende und dauerhafte Wirkung entfaltet.

6) So Löwe-Rosenberg I § 51 Anm. 7, § 70 Anm. 11 und II § 178 Anm. 1 a i. V. m. § 177 Anm. 8; Eb. Schmidt III § 178 Rdn. 8.

Gehör zusteht ¹⁾.

2. Ordnungsstrafen gegen ausgebliebene Zeugen und Sachverständige

Die gesetzliche Regelung über die Festsetzung einer Ordnungsstrafe gegen einen nicht genügend entschuldigten, jedoch ordnungsgemäß geladenen, in der Verhandlung aber ausgebliebenen Zeugen ²⁾ bzw. Sachverständigen ³⁾ wird der Forderung des Art. 103 I GG in ausreichender Weise gerecht.

Es scheint zwar, als könne die Verurteilung eines abwesenden Zeugen oder Sachverständigen zu einer Ordnungsstrafe ohne deren Einflußnahmemöglichkeit vorgenommen werden. Tatsächlich wird jedoch der Geladene in der Ladung darauf hingewiesen, daß er im Falle eines Ausbleibens mit einer Ordnungsstrafe zu rechnen habe ⁴⁾. Das bedeutet, daß er von der ergehenden Entscheidung nicht überrascht werden kann, sondern im Gegenteil Gelegenheit besitzt, durch sein Erscheinen die drohende Strafe abzuwenden. Wenn er diese Gelegenheit nicht wahrnimmt, läßt er mangels Aktivität die ihm in ausreichender Weise gebotene Einflußnahmemöglichkeit ungenutzt verstreichen und kann deshalb nicht einen Verstoß gegen Art. 103 I GG geltend machen. Außerdem hat der Geladene für den Fall, daß ihm die Ladung nicht ordnungsgemäß zugestellt wurde, die Möglichkeit, sein Ausbleiben nachträglich zu entschuldigen. Ist die Entschuldigung ausreichend, dann hat dies zur Folge, daß die getroffene Ordnungsstrafe rückwirkend aufgehoben wird ⁵⁾. Dadurch erhält der Betroffene Gelegenheit, in der Instanz, die die Ordnungsstrafe aussprach, auf die ergangene Entscheidung nachträglich einen wirksamen Einfluß zu nehmen. Mithin wird ihm rechtliches Gehör in ausreichendem Maß gewährt ⁶⁾.

1) Das Recht aus § 33 StPO besteht trotzdem weiter und gibt der besonderen Stellung der Staatsanwaltschaft Ausdruck.

Rehbinder, MDR 63, 640 ff formuliert: "Eine Anhörungspflicht nach § 33 StPO besteht nicht, weil der Staatsanwalt zwar Beteiligter an der in der Sitzung stattfindenden Hauptverhandlung, nicht aber Beteiligter am Ordnungsstrafverfahren ist. Gleichwohl erscheint die Anhörung des Vertreters der Staatsanwaltschaft als zweckmäßig."

2) § 51 StPO.

3) § 77 StPO.

4) § 48 bzw. § 72 i. V. m. § 48 StPO.

5) § 51 II bzw. § 72 i. V. m. § 51 II StPO.

6) Im Ergebnis ebenso und vorwiegend mit § 51 II 2 StPO argumentierend Eb. Schmidt § 51 Rdn. 12; KMR § 51 Nr. 6; Schwarz-Kleinknecht, § 51 Nr. 4; Löwe-Rosenberg § 51 Anm. 7; Röhl, NJW 53, 1531 Anm. 11; BayObLGSt 1, 340.

Sachdienlich ist die vorgesehene Art der Gewährung rechtlichen Gehörs - die Androhung einer Ordnungsstrafe verbunden mit einer Entschuldigungsmöglichkeit - deshalb, weil die Durchführung einer besonderen Verhandlung zur Festsetzung einer Ordnungsstrafe eine erneute Ladung des Ausgebliebenen bzw. eine Aufforderung zur schriftlichen Stellungnahme nötig machen und damit eine Verschleppung des eigentlichen Prozesses herbeiführen würde. Die gesetzliche Regelung der Gewährung rechtlichen Gehörs ist daher das sachdienliche und zugleich das am wenigsten die Einflußnahmemöglichkeit schmälernde Mittel zur Einräumung einer Subjektstellung für die im Ordnungsstrafverfahren nach §§ 51 bzw. 77 StPO Betroffenen.

3. Ordnungsstrafen wegen Zeugnis- bzw. Eidesverweigerung und wegen Ungebühr

Im Verfahren zur Festsetzung einer Ordnungsstrafe wegen grundloser Zeugnis- und Eidesverweigerung ¹⁾ oder wegen Ungebühr ²⁾ wird den Betroffenen nach der gesetzlichen Regelung kein ausreichender Anspruch auf rechtliches Gehör eingeräumt. Es fehlt nämlich eine gesetzliche Vorschrift, die den Betroffenen eine Einflußnahmemöglichkeit eröffnet, wenn die Ordnungsstrafe außerhalb der Hauptverhandlung angeordnet wird ³⁾.

Im Gegensatz zum Ordnungsstrafverfahren im Fall des Ausbleibens eines Zeugen oder Sachverständigen, wird in den vorliegenden Fällen die Ungebühr oder der Ungehorsam von einer im Verfahren anwesenden Person begangen. Es besteht daher die faktische Möglichkeit, die Betroffenen vor ihrer sich unmittelbar an die Ungebühr oder den Ungehorsam anschließenden Verurteilung zur Ordnungsstrafe unter Hinweis auf die möglichen Folgen ihres Verhaltens ⁴⁾ mündlich zu hören und ihnen damit eine Einflußnahmemöglichkeit auf den Ausgang des Ordnungsstrafverfahrens einzuräumen ⁵⁾. Die Gewährung einer derartigen Einflußnahmemöglichkeit ist notwendig, um dem Betroffenen die Möglichkeit zu geben, etwaige Mißverständnisse ausräumen ⁶⁾ und auf die Höhe der zu erwartenden Strafe

1) §§ 70, 77, 81 c IV und 95 II i. V. m. 70 StPO.

2) §§ 178 ff GVG.

3) Innerhalb der Hauptverhandlung ist rechtliches Gehör aufgrund § 33 StPO zu gewähren.

Nach der im Regierungsentwurf und Fraktionsantrag vorgesehenen Fassung des § 33 III wird den Betroffenen auch außerhalb der Hauptverhandlung eine ausreichende Einflußnahmemöglichkeit eröffnet.

4) Deutlich OLG Bremen, NJW 59, 61. Nur durch diesen Hinweis erlangt nämlich der Betroffene Kenntnis von dem ihm gemachten Vorwurf.

5) Eine nachträgliche Stellungnahme außerhalb der Verhandlung ist bei Ungehorsamsstrafen nicht möglich, da die Sitzungspolizeigewalt (als Ausfluß der Thingewalt) mit dem Schluß der Sitzung endet (vgl. Woesner, NJW 59, 866).

6) Ebenso OLG Neustadt, NJW 61, 2320; OLG Düsseldorf, MDR 53, 555, das in diesem Fall ausnahmsweise rechtliches Gehör gewähren will.

einwirken zu können ¹⁾. Sachdienlich ist die unmittelbare mündliche Anhörung des Betroffenen, weil dadurch kein ersichtlicher Verfahrenszweck des Ordnungsstrafverfahrens tangiert werden kann ²⁾. Außerdem wird damit erreicht, daß unter Wahrung aller Rechte des Betroffenen das Ordnungsstrafverfahren rasch abgeschlossen und zum eigentlichen Verfahren in der Hauptsache übergegangen werden kann. Nur scheinbare Ausnahmen von der Sachdienlichkeit einer sofortigen Äußerungsgelegenheit liegen vor, wo die Stellungnahme des Betroffenen in einem erneuten Ungehorsam besteht, und die Würde des Gerichts aufs Neue verletzt wird ³⁾. In diesen Fällen handelt es sich nämlich in Wirklichkeit nicht um die Ausübung einer zulässigen sachlichen Einflußnahme, sondern um einen unzulässigen Ungehorsam, den das Gericht unterbinden kann ⁴⁾. Dadurch wird dem Betroffenen aber nicht die Gelegenheit zur Stellungnahme abgeschnitten - diese ließ er vielmehr durch seinen erneuten Ungehorsam ungenutzt verstreichen ⁵⁾ - sondern lediglich weiterer Ungehorsam verhindert.

Ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Subjektstellung liegt vor, wenn dem Betroffenen keine Möglichkeit gegeben wird, unmittelbar auf das Ordnungsstrafverfahren einzuwirken und er stattdessen auf sein Beschwerderecht ⁶⁾ und die nach § 307 II StPO mögliche Vollzugshemmung der Entscheidung verwiesen wird ⁷⁾.

-
- 1) Etwa durch die Glaubhaftmachung, daß die Eidesverweigerung nicht unwillig, sondern aus ernstzunehmenden religiösen Gründen erfolge.
 - 2) BGHSt, NJW 62, 260 stellt zutreffend fest, daß es grundsätzlich im Ermessen des Vorsitzenden liege, wie er die Ordnung des Verfahrens wahre, daß es aber nicht dazu kommen dürfe, daß "die Verteidigung unzulässig beschränkt wird. Es muß dem Betroffenen möglich sein, Fragen zu stellen und Erklärungen abzugeben (§§ 240 II, 257 StPO)".
 - 3) In diesen Fällen wollen zutreffenderweise kein rechtliches Gehör gewähren: KMR § 178 GVG Nr. 2a; Eb. Schmidt III § 178 Rdn. 8 (aber nur in ganz krasen Fällen); Löwe-Rosenberg II § 178 Anm. 5 c; Woesner, NJW 59, 866 (der zwischen dem Anspruch auf rechtliches Gehör und der u. U. höherwertigen Aufrechterhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung abwägt); OLG Neustadt, NJW 61, 2320; BayObLGSt 15, 129; 25, 207.
 - 4) So Woesner, NJW 59, 866.
 - 5) Ebenso Dürig a. a. O. Rdn. 86. Nach Rehbinder MDR 63, 640 ff - der auf Art. 104 GG hinweist - handelt es sich hierbei um eine Beschränkung der Reichweite des Art. 103 I GG.
 - 6) Nach § 304 II StPO.
 - 7) So Eb. Schmidt II § 70 Rdn. 17, der ganz allgemein bei diskutablen Zeugnis- und Eidesverweigerungsgründen die Beachtung des § 307 II StPO empfiehlt, bei seiner Erörterung allerdings nicht auf die Problematik des Art. 103 I GG eingeht.

Auf diesem Wege kann nämlich dem Mangel der bestehenden gesetzlichen Regelung nicht im Sinne von Art. 103 I GG abgeholfen werden, da sonst dem Betroffenen ein Instanzenzug verlorengehe. De lege lata ist daher im Weg einer verfassungskonformen Lückenausfüllung vor Erlass einer Ungebühr- bzw. Ungehorsamstrafe nach § 70 StPO bzw. §§ 178 ff GVG dem Betroffenen in unmittelbarer Anwendung des objektiven Prozeßgrundsatzes von Art. 103 I GG Gelegenheit zu geben, zu seiner beanstandeten Handlung mündlich Stellung zu nehmen ¹⁾.

De lege ferenda erscheint es angebracht, folgende neue Gesetzesbestimmungen in die Strafprozeßordnung bzw. in das Gerichtsverfassungsgesetz aufzunehmen:

Als Absatz 3 zu § 70 StPO:

"Vor Erlass der Ordnungsstrafe und vor Anordnung der Beugehaft ist der Zeuge zu hören".

Als Absatz 2 zu § 178 GVG:

"Die Ordnungsstrafe darf erst nach Anhörung des Betroffenen erlassen werden".

1) Ebenso hinsichtlich § 70 StPO: KMR § 70 Nr. 4.

Heute h. M. hinsichtlich §§ 178 ff GVG; Schwarz-Kleinknecht § 178 GVG 1 C; KMR § 178 GVG Nr. 2 a; Eb. Schmidt III § 178 Rdn. 8; Löwe-Rosenberg II § 178 Anm. 5 c; Röhl, NJW 53, 1531 Anm. 11 und 58, 1268; Maunz-Dürig a. a. O. Rdn. 86; Woesner, NJW 59, 866; Kniestedt MDR 60, 197 und 61, 25 (allerdings mit anderer Begründung); Tillmann, MDR 60, 640; Reh binder, MDR 63, 640 ff (mit einer umfassenden Literaturübersicht in Anm. 65); OLG Celle, MDR 58, 265; OLG Bremen, NJW 59, 61 (entgegen NJW 56, 113); OLG Saarbrücken NJW 61, 890; OLG Neustadt, NJW 61, 2320.

Die insbesondere bei Röhl, Maunz-Dürig und Löwe-Rosenberg angeführte ältere gegenteilige Rechtsprechung (eine Ausnahme macht das BayObGSt 8, 57; 15, 129; 25, 207), sowie Schultz, MDR 59, 174 (der Zweifel anmeldet) und Löwe, 359 ff (der fälschlicherweise Ordnungs- und Ungebührstrafen als Verwaltungsmaßnahmen betrachtet) sind im Hinblick auf Art. 103 I GG überholt.

S C H L U S S

Schon heute kann nicht mehr vollständig die große Anzahl obergerichtlicher Entscheidungen und Autoren, die sich mit der Problematik des Anspruchs auf rechtliches Gehör beschäftigen, überschaut werden. Trotz dieser umfangreichen Judikatur und Literatur ist bisher jedoch lediglich unter Führung und Anleitung des Bundesverfassungsgerichts die Klärung bestimmter strittiger Einzelpunkte gelungen. Eine einheitliche Linie zur Lösung des Problems im Grundsätzlichen zeichnet sich noch nicht ab. Bis in die jüngste Gegenwart hinein sind nämlich erfolgreiche Verfassungsbeschwerden wegen Verletzung des Art. 103 I GG zu verzeichnen. "Das zeigt, daß selbst in Elementarfragen des Gerichtsverfahrens hier und da nicht selten noch unangebrachte Routine herrscht." ¹⁾ Die Scheu, Altes aufzugeben und Neues anzunehmen, kann jedoch nicht allein für den bestehenden Mißstand verantwortlich gemacht werden. Mitursächlich hierfür ist vielmehr, daß trotz der Fülle von Entscheidungen und Aufsätzen kaum einmal eine ins Grundsätzliche gehende Begründung für die Lösung eines Einzelfalls gegeben wurde, sondern meistens ein gefühlsmäßig für richtig gehaltenes Ergebnis ohne echte Begründung postuliert wurde. Wenn ausnahmsweise einmal der Versuch einer grundsätzlichen Klärung der Problematik gemacht wurde, dann waren die für maßgeblich erachteten Interpretationskriterien wiederum so allgemein gehalten, daß sie als brauchbare Richtschnur für die Lösung von Einzelfällen ausscheiden mußten. Deshalb fehlt bis heute die generelle Linie, mit deren Hilfe die Gerichte der Problematik des Art. 103 I GG bis in alle Einzelheiten hinein gerecht werden können. Es wundert daher nicht, daß nur in den vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Einzelfällen Rechtsklarheit herrscht, während im übrigen nach wie vor eine große Rechtsunklarheit vorliegt.

Die Arbeit versucht einen Beitrag zur Auslegung eines der wichtigsten Prozeßgrundsätze zu geben. Deshalb ist sowohl der Sinn und Zweck des Art. 103 I GG als auch sein Verhältnis zu den Verfahrensvorschriften möglichst genau bestimmt worden. Damit soll dem Richter geholfen werden, die jeweiligen Einzelfälle von Grund auf richtig lösen zu können. Es wird damit gleichzeitig der Rechtsunsicherheit auf dem Gebiet des Art. 103 I GG entgegengewirkt. Es soll aber auch der neuerdings zu beobachtenden Tendenz einiger Obergerichte, "die notwendigen Folgerungen aus dem Gehörsgrundsatz zum Nachteil wichtiger Verfahrensinteressen zu wenig praktikabler Weise zu überspannen" ²⁾ Einhalt geboten werden.

Eine dauerhafte Besserung der derzeit herrschenden Rechtsunsicherheit kann jedoch nicht allein dadurch herbeigeführt werden, daß die Richter zu einem ver-

1) Jagusch, NJW 62, 1645 ff.

2) Jagusch, NJW 62, 1645 ff.

fassungsgerechten Judizieren angehalten werden. Erforderlich ist vielmehr, daß sich der Gesetzgeber in Bälde der Mühe unterzieht, die geltenden Verfahrensregelungen auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 103 I GG zu prüfen und nötigenfalls Gesetzesänderungen vorzunehmen¹⁾. Nur auf diese Weise kann verhindert werden, daß in das Prozeßrecht, also in ein formales Recht, der Gedanke von Treu und Glauben mit all seinen Unwägbarkeiten hineingetragen wird. Denn die Prüfung der Frage, ob ein bestimmtes Verfahren sowohl sachdienlich für die Verfolgung eines Verfahrenszwecks als auch verhältnismäßig im Hinblick auf die Modifizierung der Einflußnahmemöglichkeit ist, kann innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums durchaus verschieden und doch richtig ausfallen. Entscheidend für die jeweilige Stellungnahme ist nämlich letztlich die Einstellung zu dem Verhältnis zwischen Staat und Individuum, d. h. zu der Frage, ob die Verfahrensnotwendigkeiten dem Recht des Einzelnen auf Einflußnahme über-, gleich- oder untergeordnet werden. Von diesem Gesichtspunkt aus will auch die im zweiten Abschnitt des Besonderen Teils vorgenommene Erörterung betrachtet werden.

Wenn der Gesetzgeber zu dem Verhältnis von Staat und Individualrechten auf dem Gebiet des Prozeßrechts unter Beachtung unserer demokratisch-rechtsstaatlichen Grundordnung eindeutig Stellung nimmt, wird die bei der Gewährung rechtlichen Gehörs vorzunehmende Abwägung einheitlich für alle Gerichte bindend vorgenommen. Eine zur Rechtsunsicherheit führende divergierende Auslegung des Art. 103 I GG wird damit ausgeschlossen, so daß der Anspruch auf rechtliches Gehör festumrissene Formen annimmt und sich als Verfassungsnorm, die im Prozeß Anwendung findet, Billigkeitserwägungen des Einzelfalls verschließt.

Bis dieser Idealzustand erreicht ist, müssen an den Richter besonders hohe Anforderungen gestellt werden. Um ihm jedoch aus seiner schwierigen Lage möglichst bald herauszuhelfen, muß der Gesetzgeber das Verfahrensrecht rasch überarbeiten. "Die Eingriffsbefugnisse des Staats müssen schärfer umgrenzt werden, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz deutlich zum Ausdruck kommen. Nicht zuletzt müssen im Sinne der Verpflichtung der staatlichen Gewalt, die Würde des Menschen zu schützen und zu achten, Vorkehrungen getroffen werden, damit der Beschuldigte noch stärker in die Rolle eines Prozeßsubjekts hineinwachsen kann".²⁾

1) Vgl. auch Lerche, S. 130 ff, der die "Konfliktsschichtung" nicht dem auslegenden Richter überlassen will, sondern als dem Gesetzgeber übertragen betrachtet.

2) Bucher, Ba-Wü Staatsanzeiger vom 8. 6. 1963.

L E B E N S L A U F

Am 13. Oktober 1936 wurde ich als Sohn des jetzigen Bürgermeisters Emil Ortlieb und seiner Frau Maria, geb. Schlierer in Heidenheim an der Brenz geboren. Ich wurde evangelisch getauft und erzogen. Nach dem Besuch der Volksschule und des Gymnasiums in Heidenheim legte ich im Frühjahr 1956 die Reifeprüfung ab. Anschließend begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Tübingen. Ich setzte das Studium an den Universitäten in München und Berlin fort und bestand an der Universität Freiburg im Herbst 1960 die erste juristische Staatsprüfung. Meine bisherige Referendar-ausbildung erhielt ich in Heidenheim an der Brenz, Freiburg und Ellwangen (Jagst). Ich beabsichtige, im Herbst 1964 die zweite juristische Staatsprüfung abzulegen.

Seit 1962 bin ich mit Ingeborg, geb. Deißinger verheiratet. Aus dieser Ehe habe ich einen Sohn.

Heidenheim an der Brenz, den 21. März 1964

